



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIO ALEJANDRO MORA RINCÓN

**A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À
EDUCAÇÃO. ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO
ENTRE DOIS CASOS PARADIGMÁTICOS DOS
CONTEXTOS DE BRASIL E COLÔMBIA.**

SÃO CRISTÓVÃO

2016

MARIO ALEJANDRO MORA RINCÓN

**A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À
EDUCAÇÃO. ANÁLISE DE DIREITO COMPARADO
ENTRE DOIS CASOS PARADIGMÁTICOS DOS
CONTEXTOS DE BRASIL E COLÔMBIA.**

Dissertação parcial apresentada ao Programa de Pós- Graduação
em Direito da Universidade Federal de Sergipe- UFS, como
requisito para obtenção do título de Mestre no Programa de
Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

**Orientadora: Prof.^a Dr.^a LUCIANA ABOIM MACHADO
GONCALVES DA SILVA**

SÃO CRISTÓVÃO

2015

MARIO ALEJANDRO MORA RINCÓN

Dissertação parcial apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe- UFS, como requisito para obtenção do título de Mestre no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a. Dr.^a. **LUCIANA ABOIM MACHADO GONCALVES DA SILVA**

Universidade Federal de Sergipe

Presidente

Prof. Dr. **CLOVIS MARINHO DE BARROS FALCAO**

Universidade Federal de Sergipe

Membro interno

Prof. Dr. **FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO**

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Membro externo

RESUMO:

Os direitos podem ser exigidos quando foram violados ou infringidos. Como os direitos estão previstos nas leis nacionais e normas internacionais, como a Declaração Universal dos direitos humanos e os pactos sobre direitos humanos de 1966, entre outros, para exigí-los, pode usar tanto sistema de justiça nacional como o internacional. Esta exigibilidade ocorre tanto na esfera política (através de mobilização social e ação pelas autoridades públicas), como no campo jurídico (poder judiciário nacional e tribunais internacionais). Neste último caso, é quando ele é chamado de justiciabilidade.

O Sistema Universal de direitos humanos estabeleceu o acesso à justiça como garantia dos direitos sociais. Isso significa a garantia de tutela jurisdicional efetiva para o cumprimento dos deveres dos Estados.

A nossa investigação parte da ideia de que para compreender fenômenos organizacionais da sociedade, que estão correlacionados com o direito, é necessário um método, neste caso, o método jurídico comparativo

Os atuais problemas que têm a efetivação do direito fundamental à educação (acesso restrito e quase privilegiado em todos os níveis, incerta e condicional adaptabilidade, etc) são latentes. A questão da justiciabilidade do direito à educação é tratado dentro de uma perspectiva de direito comparado entre Brasil e Colômbia, e é entendida como o poder dos titulares deste direito fundamental para exigir aos Estados o respeito e proteção, tornando-o efetivo; em outras palavras: é a obrigação dos Estados para fornecer recursos judiciais para tais fins. A justiciabilidade é uma maneira de fazer valer os direitos diante dos tribunais, tanto em nível nacional, regional e internacional, sendo analisada na nossa dissertação.

PALAVRAS-CHAVE

DIREITOS HUMANOS. DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS. DIREITO À EDUCAÇÃO. EXIGIBILIDADE. JUSTICIABILIDADE. DIREITO COMPARADO

ABSTRACT

The rights may be required when they were violated or infringed. The rights are provided for in national laws and international standards such as the Universal Declaration of Human Rights and the covenants on human rights in 1966, among others, to demand them, can use both national justice system as international. This chargeability occurs both in the political sphere (through social mobilization and action by public authorities), as in the legal field (national judiciary and international courts). In the latter case, it is when he is called justiciability.

The Universal human rights system established access to justice as a guarantee of social rights. This means ensuring effective judicial protection for the duties of States.

Our research of the idea that to understand organizational phenomena of society, which are correlated to the right, a method is necessary in this case, the comparative legal method

The current problems that have the realization of the fundamental right to education (restricted and almost privileged access at all levels, uncertain and conditional adaptability, etc.) are dormant. The issue of justiciability of the right to education is dealt with in a right perspective compared between Brazil and Colombia, and is understood as the power of the holders of this fundamental right to require states to respect and protection, making it effective; in other words: it is the obligation of States to provide judicial remedies for such purposes. The justiciability is a way to enforce the rights before the courts, both at the national, regional and international levels, and analyzed in our thesis

KEYWORDS

HUMAN RIGHTS. FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS. THE RIGHT TO EDUCATION.
JUSTICIABILITY. COMPARATIVE LAW

SUMARIO

1	O DIREITO À EDUCAÇÃO: QUADRO TEÓRICO GERAL E REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL APLICÁVEL AO DIREITO À EDUCAÇÃO.	4
1.1	QUADRO TEÓRICO GERAL	4
1.1.1	Os direitos humanos e o direito à educação	7
1.1.2	Breve evolução histórica dos direitos humanos	7
1.1.3	Principais características dos direitos humanos	9
1.1.4	A educação como direito humano	11
1.1.4.1	Evolução histórica breve do Direito à Educação	12
1.1.4.2	Natureza do Direito Humano à Educação	16
1.1.4.3	Dimensões do Direito à Educação	20
1.1.4.4	Elementos constitutivos do Direito à Educação	22
1.1.4.4.1	Obrigação e gratuidade	22
1.1.4.4.2	Qualidade	24
1.1.4.4.3	Educação em direitos humanos	30
1.1.4.4.4	A liberdade dos pais ou responsáveis para escolher as escolas.	34
1.1.4.4.5	Liberdade de as pessoas singulares ou colectivas de criar e gerir escolas	36
1.1.4.4.6	Princípio da não discriminação	37
1.1.4.4.7	Cooperação internacional	40
1.2	Normatividade aplicável relativa ao direito à Educação	42
1.2.1	Normatividade Internacional	42
1.2.1.1	Definição do Direito à Educação nas normatividades globais e regionais	42
1.2.1.2	Protecção do Direito à Educação na normatividade global	44
1.2.1.3	Normatividade ao nível regional	51
2	JUSTICIABILIDADE DIREITO À EDUCAÇÃO: ASPECTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS	55
2.1	EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS	55
2.1.1	Contexto histórico breve	55
2.1.2	Natureza dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais	56
2.1.3	A exigibilidade política dos Direitos Sociais, Económicos e Culturais.	58
2.1.4	A Justiciabilidade dos Direitos Sociais, Económicos e Culturais	61

2.1.5	Problemas reais e mitos sobre a exigibilidade e justiciabilidade dos Direitos Sociais, Económicos e Culturais.	62
2.2	A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCACIÓN	67
2.2.1	Fundamentação Teórica	67
2.2.2	Os mecanismos judiciais e quase-judiciais	74
2.2.2.1	Os mecanismos judiciais	75
2.2.2.2	Os mecanismos quase-judiciais	76
2.2.2.3	Objetivos dos mecanismos judiciais e quase-judiciais: a proteção e a promoção	77
2.2.3	Grupos de jurisprudência nacional sobre o direito à educação	78
2.2.3.1	Igualdade de oportunidades na educação	78
2.2.3.2	Protección de los grupos marginados y vulnerables Proteção de grupos marginalizados e vulneráveis	79
2.2.3.3	Efetividade do direito a uma educação de qualidade	81
2.2.3.4	Os direitos das minorias, incluindo os direitos linguísticos	82
2.2.3.5	As meninas e o direito à educação	83
2.2.3.6	Financiamento da educação	84
2.2.3.7	Regulação da atividade das instituições de privadas ensino	85
2.3	Graus da Justiciabilidade: critérios de construção de Direito Comparado	87
3	OS SISTEMAS NORMATIVOS NACIONAIS DO DIREITO À EDUCAÇÃO	93
3.1	Obrigações dos Estados sobre o Direito à Educação e implementação ao nível nacional	93
3.1.1	Obrigações dos Estados	93
3.1.2	Violações pelos Estados de suas obrigações em relação ao direito à educação	94
3.2	O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL	95
3.2.1	Características del tenor constitucional brasileiro sobre el Derecho a la Educación	99
3.2.2	A organização do ensino.	101
3.2.2.1	As Leis Brasileiras	102
3.2.2.2	Educación y enseñanza	106
3.2.2.2.1	Educação infantil	107
3.2.2.2.2	Ensino fundamental	108
3.2.2.2.3	Enseñanza media	108
3.2.2.2.4	Modalidades diferenciadas	109
3.2.2.3	Gestão educacional nos governos federal, estadual e municipal	114
3.2.3	Orçamento educativo	115

3.3	O SISTEMA NORMATIVO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO COLÔMBIA	117
3.3.1	CUADRO CONSTITUCIONAL	117
3.3.2	A LEI GERAL DE EDUCAÇÃO (Lei 115 de 1994)	120
3.3.3	El Rol de la Corte Constitucional Colombiana	125
3.3.4	Sistema normativo do financiamento educacional na Colômbia	128
4	ANÁLISE COMPARATIVA DA JUSTICIABILIDADE DE O DIREITO À EDUCAÇÃO EM DOIS CASOS PARADIGMÁTICOS	135
4.1	CASO "CRENCHE PARA TODOS" OU DA EDUCAÇÃO INFANTIL EM O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO	135
4.1.1	Contexto	135
4.1.2	Antecedentes	137
4.1.3	Caso concreto	140
4.2	CASO COLOMBIANO: DECISÃO DE “TUTELA” 025 DE 2004 - O DIREITO À EDUCAÇÃO PARA AS VÍTIMAS DO DESLOCAMENTO FORÇADO	146
4.2.1	Contexto	146
4.2.2	Antecedentes	149
4.2.3	Caso concreto	153
4.2.4	Estado de cosas posterior a las decisiones – contexto brasileiro	155
4.2.5	Estado de cosas posterior a las decisiones – contexto colombiano	156
4.3	Análisis comparativo de justiciabilidad del derecho a la educación	158
4.3.1	Análisis comparativo de la legislación educativa	158
4.3.2	Análisis comparativo de las acciones promovidas en defensa del derecho a la educación.	163
	CONSIDERACIONES FINALES	170

INTRODUÇÃO

O conceito de justiciabilidade refere-se à possibilidade de exigir um mecanismo legal através do cumprimento ou a restituição de um direito, no nosso caso, o direito à educação. A aplicabilidade jurídica é condicionada pela existência de legislação para assegurar o cumprimento das obrigações de um direito. As garantias referem-se à possibilidade de apresentar uma queixa ou qualquer outro recurso judicial nos tribunais quando o conteúdo do direito foi violado. Para garantir, respeitar e proteger a aplicação dos direitos, são necessárias leis que criam mecanismos de reparação, no caso de violações destes direitos.

Deve-se notar que a exigibilidade pode ser também política, não só jurídica. Ou seja, quando os governos comprometem-se com determinadas políticas, os cidadãos podem aplicar pressão, forçando-os a respeitá-las. É por isso é tão importante que os cidadãos sejam conscientes dos seus direitos, e a legislação que o protege, assim como políticas públicas e planos de ação que devem garantir a realização e gozo efetivo.

A exigibilidade jurídica pode ocorrer nos níveis nacional, regional e internacional. Existem diferentes mecanismos para ativar cada um destes três níveis. O nível nacional é sempre o ponto de partida.

No nível regional na América Latina e no Caribe, o Sistema Interamericano é a nossa referência e exemplo de justiciabilidade. E a nível global, o Sistema das Nações Unidas é a principal referência de ação.

A aprovação e ratificação de tratados internacionais pelos Estados signatários resulta em três tipos de obrigações específicas que devem cumprir: Respeito, protecção e realização dos direitos.

O respeito se refere à não-obstrução ou impedimento pelo Estado do gozo do direito à educação. É uma obrigação negativa. A protecção impõe aos Estados Partes a tomar medidas para evitar um terceiro entrar a fruição do direito à educação, pelo que é uma obrigação positiva. A concretização, que também é uma obrigação de carácter positivo, refere-se às medidas que deve tomar o Estado para satisfazer e

cumprir os direitos. Estas medidas podem ser legislativa, administrativa, orçamental, judicial, social, educacional, entre outros.

Pensar sobre o direito à educação, coloca-nos em um campo em que não é suficiente para realizar diagnósticos internos, mas de alguma forma, é necessário encontrar as contribuições de outras jurisdições, jurídica e política, dado que "comparar serve para entender melhor".

Neste ponto é necessário assinalar que esta dissertação propõe que o desenvolvimento de seus quatro capítulos constituintes será feito da seguinte maneira:

1. No primeiro capítulo será doutrinariamente abordado o direito à educação, tentando desenvolver um quadro teórico geral, onde haverá um breve contexto histórico da teoria dos direitos humanos e do direito à educação abordados a partir dessa perspectiva, ou seja, o direito à educação como um direito humano. Para isso, vamos discutir a sua natureza, as suas dimensões, sua definição e conteúdo de seus elementos constituintes de acordo com a sua configuração no direito internacional e a sua proteção a nível global e regional.
2. O segundo capítulo terá como análise o conceito de justiciabilidade, primeiro a "*in genere*" e depois enquadrado dentro do direito humano à educação. E fazendo uso novamente do método dedutivo, a teoria dos direitos sociais, econômicos e culturais, apresentando brevemente a história dela, o debate conceitual em sua configuração, sua estrutura, sua fundação e, finalmente, sua justiciabilidade, com o objetivo de construir pontes de teórico para o material. A seguir, nós irá expor a questão da justiciabilidade do direito à educação, seus fundamentos teóricos e os grupos de jurisprudência nacional sobre o direito à educação. Finalmente, vamos nos referir a alguns critérios que propor níveis de justiciabilidade para nos ajudar a levantar mais adequadamente a comparação da proposta.
3. No terceiro capítulo vai começar o exercício de direito comparado. Para isso, vamos concentrar nas obrigações dos Estados e violações por parte deles em relação ao direito à educação. Com esse cenário, depois vamos apresentar brevemente no quadro constitucional brasileiro, as leis brasileiras relativas ao

direito à educação, a organização da educação, a gestão educacional e o sistema territorial administrativo dos fundos educacionais. Em seguida, o sistema de regulamentação do direito à educação na Colômbia serão analisados através do seu quadro constitucional, lei de educação geral, o papel do Tribunal Constitucional da Colômbia e do sistema legal do seu financiamento educacional.

4. A comparação da justiciabilidade do direito à educação no âmbito de dois casos emblemáticos (um do contexto brasileiro e outro do contexto colombiano) será realizada no quarto e último capítulo nos sistemas jurídicos de Brasil e Colômbia, através de critérios que a doutrina oferece, para tentar fornecer maior clareza no estudo comparativo.

O fato de a escolha do Brasil para a análise comparativa, não é acidental; porque para fazê-lo, pelo menos dois critérios foram atendidos:

- a) Estados com os quais o estudo comparativo é feito fez parte da região latino-americana, devido à história comum que guardam os países, mas também pela diversidade de formação jurídica e política que teria sido nutrido. b) A República Federativa do Brasil faz parte dos modelos educacionais de coordenação que surgem na América Latina como uma expressão de romper com regimes neoliberais e crescente controle estatal das coalizões de centro-esquerda, amadurecidas nas lutas de resistência realizados pelos partidos e movimentos sociais democráticos alternativos contra as ditaduras cruéis e contra os efeitos nocivos do neoliberalismo sobre as comunidades mais pobres. Modelo oposto ao estabelecido e desenvolvido no exemplo colombiano

Neste contexto, o estudo comparativo do direito à educação nos sistemas mencionados, vai nos fornecer elementos que permitem uma melhor compreensão do direito em termos de justiciabilidade.

1 O DIREITO À EDUCAÇÃO: QUADRO TEÓRICO GERAL E REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL APLICÁVEL AO DIREITO À EDUCAÇÃO.

1.1 QUADRO TEÓRICO GERAL

Apesar de seu conteúdo e seus métodos têm sido e continuarão a ser uma fonte de discussão de todos os ângulos possíveis, passando por um processo de adaptação, de acordo com o tempo e o contexto geopolítico, esta dinâmica tornou-se quase um dogma, quase por unanimidade: a necessidade de educação para todos. Todos os seres humanos neste mundo.

O mesmo se aplica para a escola, em conformidade com o Centro Europa-Terceiro Mundo (CETIM) “Tornou-se a norma no mundo moderno, não aprender mais que na escola (embora a família, o trabalho, mesmo prisão pode ser um quadro treinador). E algumas pessoas tem mesmo um sonho de um mundo sem escola” (CETIM, 2009, p. 3).

Esta unanimidade dos governos, nações, organismos multilaterais e a sociedade civil não é simples e clara. Cuidadosamente observada, contém várias facetas ou percepções do que pode significar o fim último da educação. Os mais importantes, que estão sujeitos o debate contemporâneo incluem: Qual é a educação que é necessária? Com que objectivos? Formar "produtores" ou "cidadãos"?

Estes aspectos não são necessariamente antagônicos. O CETIM (2009, p.3) observa que "Pelo contrário são complementares, uma vez que a formação para a cidadania permite que todos participem na tomada de decisões em uma sociedade em particular sobre as questões-chave levantadas pela produção (Para quem?, Por quê?, Como produzir?)”.

Para a doutrina alinhada com a escola de Chicago, para os defensores da política neoliberal, o conceito de educação deve, sem dúvida, prestar um serviço à economia. Nesse sentido, só devem ser desenvolvidas matérias essencialmente

técnicas, de preferência organizadas por instituições privadas (incluindo organizações transnacionais) e deve ter um carácter de auto-sustentabilidade, à custa dos indivíduos.

Como o CETIM enfatiza (2009, P.4): “É certo que estas políticas foram impostas em todos os lugares por duas décadas e elas afetam negativamente a qualidade da educação, mas também aumentam as exclusões e desigualdades neste campo”.

De acordo com autores como **Martha Nussbaum**, a nossa realidade exhibe uma crise global de proporções que não tenham sido calculados e ultrapassa o domínio da economia. Uma crise que "pode ser muito mais prejudicial para o futuro da democracia: a crise global na educação" (NUSSBAUM, 2010, p. 20)

De acordo com o autor citado, a educação está a respondendo aos interesses dos sistemas económicos dominantes e ao desejo de acumulação e de produção dos países, pelo que os governos e seus sistemas de educação estão descartando, componentes curriculares que constroem "habilidades para manter viva a democracia" (NUSSBAUM, 2010, p. 20)

Nesta linha argumentativa e seguindo a tese da Professora Nussbaum, na grande maioria dos países ao redor do mundo está excluindo conteúdo do currículo educacional, materiais tanto em nível primário e secundário, ou carreiras de faculdade relacionadas com as artes e as ciências humanas, "concebido como um ornamento inútil por aqueles que definem as políticas de estado (NUSSBAUM, 2010, p. 21)

Esta tendência pelos Estados-nação surge como resultado das diretrizes estabelecidas pelos mercados globais, que imprensam aos Estados nacionais para eliminar tudo que não é útil para ser "competente" nestes contextos.

Seguindo a tese Nussbaum, se essa tendência tem vocação de permanência, países ao redor do mundo vão começar a produzir gerações de robôs, máquinas humanas, em vez de cidadãos com capacidade de pensar por si mesmos, com liberdade e o mais importante, "com a habilidade de raciocinar [...] de possuir um crítico olhar para as tradições e compreender a importância das conquistas e o sofrimento de outro". (NUSSBAUM, 2010, p. 20)

Nessa linha de argumentação, e em resumo os princípios do nosso autor, pode-se concluir que há uma tendência global de programas educacionais contemporâneas tendem a excluir da educação eficaz tanto o ensino dos direitos humanos e educação cívica, como alguns assuntos considerados "não é importante" ou "supérfluo". A tal ponto que em testes internacionais de ensino, que medem habilidades no ensino primário e secundário, são orientados apenas para medir as competências em "leitura, matemática e alfabetização financeira"¹.

Estas fortes tendências mercantilistas e privatistas, são uma ameaça à democracia, já que eles restringem significativamente o ensino de qualidade, que é reservada para uma elite, e sendo promovidas na educação, ela muda para uma máquina de reprodução das desigualdades sociais. Portanto, como Özden diz "a massificação do acesso da escola não significa necessariamente a democratização dos estudos, e também não é uma garantia de qualidade do ensino oferecido". (CETIM, 2009, p.4).

A prioridade educacional dentro da conjuntura histórica que sofremos deve ser preparar os cidadãos responsáveis que participam de verdadeiro progresso da sociedade, dotados de conhecimento crítico sobre questões nacionais e internacionais, valores como o respeito, a dignidade humana, seu meio ambiente, a diversidade, a paz, a solidariedade, entre outros.

É importante lembrar que, neste contexto globalizado, a educação é percebida como um instrumento para alcançar outros objetivos (conseguir um emprego melhor ou um salário mais elevado, por exemplo) e a gente esquece que a educação é essencialmente um direito humano e um fim em si.

¹ O exemplo paradigmático disso são as provas e o relatório do Programa Internacional de Avaliação de Alunos PISA (por sua sigla em Inglês Programme for International Student Assessment). Tais testes são aplicados a cada três anos para jovens de 15 anos de idade nos 30 países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, OCDE e, em muitos países parceiros. Consultado em <http://www.oecd.org/pisa/test/>

1.1.1 Os direitos humanos e o direito à educação

Direitos humanos são construídos com base na ideia da dignidade da pessoa humana, o que leva a dizer que todo ser humano, independentemente de qualquer condição pessoal, deve ser reconhecida e respeitada, sempre considerado como o fim de toda a organização social e política. No entanto, para chegar a esta construção, muitas lutas foram assumidas por camponeses, pequenos comerciantes, trabalhadores, mulheres, intelectuais, escravos, homossexuais, jovens, indígenas, etc.

Da mesma forma, para que tais direitos são mantidos e aplicados na prática é necessária uma luta constante.

O reconhecimento internacional dos direitos humanos, representou um passo histórico. Hoje muitos destes direitos são previstos em documentos internacionais assinados e ratificados por centenas de países e órgãos específicos foram criados para acompanhar a sua implementação em todo o mundo. Com este processo, os direitos foram consagrados acima das contingências políticas dos países, como reforço da luta contra regimes autoritários, imperialismo, genocídio e discriminação.

1.1.2 Breve evolução histórica dos direitos humanos

De acordo com o Professor George Marmelstein, na Europa e nos Estados Unidos, no final do século XVII e início do século XVIII, ocorreu uma série de mudanças políticas e estruturais que deu origem a uma mudança de visão do mundo, tornando que as pessoas começaram a se preocupar agora para garantir a vida e a liberdade dos indivíduos, sem os abusos e arbitrariedades do Estado. (MARLMENSTEIN, 2008, p. 29-36)

A Revolução americana e principalmente a Revolução francesa iria contribuir para o reconhecimento de uma série de direitos, como por exemplo, o direito à vida, à liberdade de expressão, de pensamento, o devido processo legal, garantia do estado de direito, entre outros.

Nas colônias da América do Sul e África ao mesmo tempo, as pessoas iam para exigir os mesmos direitos proclamados na declaração de independência dos Estados Unidos 1776 na declaração dos direitos do homem e do cidadão na França de 1789. Em muitos casos, os movimentos de independência juntou-se as lutas contra a escravidão e a exploração dos povos.

A crescente resistência dos africanos e seus descendentes, expressados nas insurreições populares foi o principal fator que inviabilizou o apoio do sistema de escravo. A resistência indígena na América também aproveitou-se do ideal dos direitos humanos, mesmo até os dias atuais, quando se refere à alegação de sua tradição cultural, a manutenção de seu modo de vida e a propriedade e posse de seus nativos que aterra.

Esses direitos acabam, um exercício bastante natural, sendo uma influência substancial das Constituições de vários países do mundo. Os direitos de que período histórico são chamados direitos civis e políticos de primeira geração. (MARLMENSTEIN, 2008, p. 42-45)

Com o início da industrialização, a partir do século 19, o desenvolvimento do capitalismo industrial tem como consequência directa a contratação de um grande número de pessoas, com diferentes consequências: por um lado, a exploração dos trabalhadores; por outro, o enriquecimento de pequenos grupos que passaram a beneficiar da produção de bens e avanço tecnológico, excluindo a maioria da população e condições de vida precárias. Então reivindicações são iniciadas Então reivindicações são iniciadas pelos direitos econômicos, sociais e culturais, ou direitos de segunda geração. (MARLMENSTEIN, 2008, p. 42-45)

Este último refere-se ao trabalho e salários dignos, direito à saúde, direito à educação, o direito à alimentação adequada, à organização sindical, ao direito de greve, a segurança social, acesso à cultura, o direito a uma habitação digna, entre outros.

Esta geração de direitos tem a sua maior expressão na Revolução Russa, nos primeiros vinte do século XX, a crise do capitalismo industrial e o início de sua incorporação progressiva nas constituições nacionais.

Em 1948, após os horrores cometidos durante a Segunda Guerra Mundial como genocídio dos judeus europeus, ciganos e homossexuais, promovido pelo aparato jurídico-político alemão nazista e ataque e destruição das cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki por bombas atômicas lançadas pelo governo dos Estados Unidos, os países elaboraram um documento com a intenção de estabelecer regras para uma vida pacífica e digna.

1.1.3 Principais características dos direitos humanos

De acordo com o Professor Pedro Lenza (2009, Ps.669-677) e, consequentemente, pelos professores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012, Ps.100-102) os direitos humanos são normas mínimas necessárias para uma vida digna e por sua vez, possuem quatro características que ajudam a entender como deve ser interpretado e realizado na prática: são universais, independentes, indivisível e, em uma interpretação ampla, justiciável:

Universalidade: Refere-se à sua validade para todo o mundo. Neuma situação ou circunstância pode justificar a falta de respeito pela dignidade humana. Além disso, ninguém pode renunciar a seus direitos. Independentemente do país em que a pessoa nasceu ou ao vivo. Seus direitos são os mesmos. O que pode ser mudado é a forma como esses direitos são garantidos pelos governos. No entanto, os governos nacionais não podem adotar medidas em detrimento os direitos humanos de sua população, ou parte dele, uma vez que a "soberania nacional" não está acima do compromisso assumido os direitos humanos internacionalmente.

Indivisibilidade: Este recurso faz referência a todas as pessoas têm o direito de usufruir dos direitos na sua totalidade, sem divisão ou redução, a menos que eles foram forçados a renunciar a um direito de acesso a outros.

Interdependência: Refere-se a todos os direitos estão inter-relacionados e nenhum é mais importante do que o outro. Da mesma forma, não há nenhum direito que pode se desenvolver de forma isolada, sem levar em conta na sua aplicação aos demais direitos. Significa que só pode ser plenamente exercido um direito, se todos os outros são respeitados. Para desfrutar do direito à educação, por exemplo, a garantia de outros direitos fundamentais, como alimentação adequada, moradia adequada e à saúde é necessário. E a saúde pode ser garantida de uma maneira melhor quando a pessoa tem uma educação de qualidade, moradia decente e comida de qualidade.

Exigibilidade e justiciabilidade: Os direitos podem ser exigidos quando foram violados ou infringidos. Como os direitos estão previstos nas leis nacionais e normas internacionais, como a Declaração Universal dos direitos humanos e os pactos sobre direitos humanos de 1966, entre outros, para exige-los, pode usar tanto sistema de Justiça nacional como o internacional. Esta exigibilidade ocorre tanto na esfera política (através de mobilização social e ação pelas autoridades públicas), como no campo jurídico (poder judiciário nacional e tribunais internacionais). Neste último caso, é quando ele é chamado de justiciabilidade.

Para obter que os direitos económicos, sociais e culturais sejam plenos direitos, superando todos os postulado programático, deve ser justiciable, o que significa que "no caso de uma violação, os sujeitos, individuais ou coletivos, devem eles devem ter a capacidade de exigir a realização do direito aos tribunais para efeitos de restituição." (MARINI, 2015, p 12).

De acordo com a resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas A/HRC/23/35 de 2013:

"A protecção jurídica do direito à educação é baseada nas leis e normas nacionais, regionais e internacionais e as obrigações que estas últimas impõem ao Estado. As políticas e regulamentações governamentais sobre a educação, tanto públicas como privadas, estão sujeitas a revisão e a decisão dos órgãos judiciais e cuasi-judiciais. As decisões judiciais garantindo que o direito à educação, como direito internacionalmente reconhecido sob numerosos tratados e leis, respeite-se, proteja-se e cumpra-se."²

² A Assembleia Geral das Nações Unidas, do Conselho dos Direitos Humanos, 23.ª Sessão, ponto 3 da ordem do dia: Promoção e protecção de todos os direitos humanos, direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais,

O reconhecimento dos direitos de segunda geração como plenos direitos, não podem ser alcançada até superar as barreiras que impedem sua justiciabilidade adequada, entendida como: "a capacidade de reivindicar perante um juiz ou Tribunal de conformidade, pelo menos algumas das obrigações decorrentes da lei. (MARINI 2015). Então:

“[...] ainda quando um Estado atende a satisfação de determinadas necessidades ou interesses protegidos pelo direito social, não pode-se afirmar que os indivíduos são beneficiários da conduta do Estado, até verificar se eles podem processar na legalmente a prestação do direito antes de uma possível violação”. (ABRAMOVICH, COURTIS, 2009, *apud* MARINI, 2015, P. 13)

Assim, um direito é definido como tal apenas quando existem instâncias e procedimentos legais, permitindo que o titular reivindicar por incumprimento da obrigação devida - recurso à tutela jurisdicional - e obter o dano uma condenação imposta pelo exercício do direito de os afetados.

O referencial teórico da justiciabilidade *in genere* e a justiciabilidade do direito humano à educação será tratada com a extensão apropriada e profundidade no capítulo II da presente dissertação.

1.1.4 A educação como direito humano

O conceito de educação como um direito humano implica que não deve depender das condições econômicas dos alunos ou sujeita-se apenas às regras do mercado. Não pode ser limitada ao status social, nacionais, culturais, de gênero, étnica ou racial da pessoa. A coisa realmente importante é atingir o exercício e a plena consciência dos seus direitos.

incluindo o direito ao desenvolvimento. Relatório do Relator Especial sobre o direito à educação, Kishore Singh A justiciabilidade do direito à educação. Consultada no site http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.35_en.pdf em novembro do ano 2015.

O direito à educação tem um sentido amplo e não só em relação à educação escolar. O processo educativo começa com o nascimento e termina apenas no momento da sua morte. Aprendizagem ocorre em vários campos, da família, na Comunidade, no trabalho, no grupo de amigos, nas associações de pessoas e também na escola.

Por outro lado, nas sociedades modernas, o conhecimento escolar é quase uma condição para a sobrevivência das espécies e bem-estar social. Sem isso, o ser humano não pode ter o acesso ao conhecimento acumulado pela humanidade

Além da sua importância como direito humano que permite que as pessoas desenvolvam plenamente as suas capacidades e continuar o aprendizagem ao longo da vida, a educação é um bem público duma sociedade, na medida em que permite o acesso a outros direitos. Portanto, a educação é um direito considerado de "habilitação" ou "síntese": uma pessoa que passa por um processo educativo adequado e de qualidade pode exigir e exercer melhor todos os outros direitos.

Educação ajuda a meninos e meninas, adolescentes, jovens, homens e mulheres para sair da pobreza, seja por causa da alta probabilidade de inclusão no mercado de trabalho, ou porque permite a participação política para a melhoria da condições de todos os cidadãos. Da mesma forma, contribui para a eliminação da marginalização das mulheres, a exploração sexual e trabalho infantil, permite que a luta contra diversas formas de discriminação, etc.

1.1.4.1 Evolução histórica breve do Direito à Educação

Antes de ilustração dos séculos XVIII e XIX, a educação era a responsabilidade dos pais e da igreja (NOWAK, 1995, p. 191). Somente com a francesa e a revolução americana, a educação também é estabelecida como um serviço público (HODGSON, 1998, p. 8). A sociedade percebeu que o Estado, assumindo um papel mais ativo no campo da educação, poderia promover o ideal dela disponível e acessível a todos. "A educação pública foi percebido como um meio de alcançar os ideais igualitários em que

se baseiam essas revoluções ..." (HODGSON. 1998. p. 9) Anteriormente, a educação era a prerrogativa das classes superiores.

Como Hodgson afirma:

"Os instrumentos clássicos dos direitos humanos desse momento, como a lista de Inglesa de Direitos ou Bill of Rights de 1689, a Declaração de Independência americana de 1776 e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem de 1789, não protegeram o direito à educação das pessoas. Estes instrumentos centrados nos direitos civis e direitos políticos, como a liberdade da prisão arbitrária, a liberdade de expressão, liberdade de religião, o direito à vida e à segurança pessoal, o direito à propriedade, a igualdade ou direito à votação. O espírito de laissez-faire do tempo tinha permeado estes instrumentos. O Estado foi visto como uma potencial ameaça à liberdade individual e, portanto, tinha de ser mantido se, tanto quanto possível, de interferir nos assuntos da sociedade civil. O direito à educação e uma obrigação concomitante do estado para fornecer essa educação não se encaixam nesse esquema das coisas." (HODGSON, 1998, p. 9).

A concepção liberal dos direitos humanos do século XIX entendeu que a obrigação primordial de dar aos seus filhos uma educação adequada era dos pais. A obrigação do Estado era o de garantir que os pais cumpriram as suas obrigações.

A legislação sobre trabalho infantil foi sancionada e restringiu se ao número de horas por dia durante as quais as crianças poderiam trabalhar para assegurar sua assistência na escola. Os Estados saudou a legislação para a regulamentação legal dos currículos e padrões mínimos estabelecidos educação.

No entanto, o dever do estado fornecer diretamente educação manteve-se subsidiária. John Stuart Mill em seu famoso ensaio On Liberty, disse: "Uma educação estabelecida e controlada pelo Estado só deve existir, se existir, como um entre muitos experimentos de competição, realizada com o propósito de exemplo e estímulo para manter o outro a um certo nível de excelência" (STUART MILL, 2006, p. 146).

O pensamento liberal do século XIX significou uma consciência do perigo da intervenção do Estado no campo da educação. Ainda assim, ele contou com a intervenção do Estado para reduzir o domínio da igreja e para proteger os direitos das crianças contra os pais.

Durante a segunda metade do século XIX, a educação encontrou o seu caminho nas legislações nacionais. Disposições relativas aos direitos, as disposições dos direitos fundamentais, bem como outros, refletem as ideais liberais sobre direitos humanos. De acordo com Dieter Beiter:

“Isto pode ser ilustrado por referência a um documento que exerceu uma forte influência sobre o desenvolvimento constitucional na Europa, a Constituição do Império Alemão de 1849, mais conhecida como a "Paulskirchenverfassung". Os artigos 152 a 158, faziam parte da Declaração de Direitos da Constituição, e se dedicaram à educação. Eles são destinados a criar um equilíbrio justo entre as crianças, pais, igreja, Estado e aqueles que as instituições educacionais operaram. A educação foi reconhecido como uma função de estado, independente da igreja. Para os pobres se proclamou o direito à educação gratuita. No entanto, para o Estado não era obrigatório estabelecer instituições educacionais. Pelo contrário, a Constituição protege os direitos dos cidadãos para estabelecer e operar escolas e dar instrução, proporcionando liberdade da ciência e da educação, garantindo o direito de todos de escolher a sua vocação e formação neste.” (DIETER BEITER, 2006, p. 23)

O século XIX foi também o momento em que Karl Marx e Friedrich Engels apresentaram os seus pontos de vista sobre o socialismo. A teoria socialista considerado o Estado uma instituição de caridade cuja principal tarefa era assegurar o bem-estar social da comunidade pela intervenção positiva do governo e a regulação. O indivíduo foi reconhecido e tem direito a serviços sociais básicos fornecidos pelo Estado. Educação era visto como um dos direitos fundamentais da pessoa humana. O liberalismo, como vimos, tinha estabelecido atores privados como os principais fornecedores de ensino. O conceito socialista dos direitos humanos mudou a responsabilidade de fornecer educação para o Estado. Salienta Dieter:

“Ideias socialistas foram cumpridas no contexto da Revolução Russa de 1917. O artigo 121 da Constituição Soviética de 1936 foi a primeira disposição de uma Constituição que declara expressamente reconhece o direito à educação com um correspondente obrigação do Estado para fornecê-la. É garantido para ser a educação gratuita e obrigatória em todos os níveis, um sistema de bolsas de Estado e um sistema de formação profissional nas empresas estatais. Junto com o direito ao trabalho e o direito à segurança social, o direito à educação tornou-se um direito proeminente nas constituições dos Estados socialistas.” (DIETER BEITER, 2006, p. 24)

Como está evidenciado pela história mais recente para as nossas regiões e no mundo, o socialismo não tem sido a teoria social inteiramente bem-sucedida ou estado.

No entanto, o crédito à teoria socialista é que a educação hoje é considerada, num primeiro passo, a responsabilidade do Estado.

Estes dias, o Estado estabelece e mantém um sistema de escolas, torna a educação primária gratuita e obrigatória, restringe o trabalho infantil, está envolvido na regulação jurídica dos programas de ensino e estabelece padrões mínimos de qualidade. No entanto, ao mesmo tempo, o Estado é garante do direito dos cidadãos para estabelecer e operar escolas privadas se assim o desejarem. Os pais podem escolher a escola para a criança, garantindo assim sua melhor educação de acordo com suas próprias convicções religiosas e filosóficas.

Democracias liberais estão relutantes em falar de um direito à educação no sentido da educação como um direito social exigível ao Estado. E estados comunistas geralmente não mantêm a noção liberal dos direitos dos pais em relação à educação de seus filhos.

A definição dos direitos sociais de cidadania, como podemos ver, deu um complexo processo intimamente relacionado com as transformações globais da sociedade. Como diz Bobbio:

“A relação entre o nascimento e crescimento dos direitos sociais, por um lado, e a transformação da sociedade, o outro é totalmente óbvia. Prova disso é que as demandas de direitos sociais tornaram-se mais numerosas, quando mais rápida e profunda foi a transformação da sociedade. Pode-se considerar que os requisitos incorporados na demanda de intervenção pública e de prestação de serviços sociais por parte do Estado só pode ser satisfeita em um determinado nível de desenvolvimento econômico e tecnológico” (BOBBIO 1992, p 76).

Desta forma, a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade privada e da segurança jurídica foram os primeiros direitos reconhecidos, proclamados e protegidos.

A educação, por sua vez, apesar de sua grande importância, juntou-se com um grande atraso ao seleto grupo de direitos humanos, através de um processo lento, ambíguo e contraditório.

Respeito à educação, Bobbio diz:

Atualmente, não há declaração de direitos, para nos dar um exemplo convincente, que não reconheça o direito de uma instrução, primeira primária, em seguida, secundário e, gradualmente, até a mesma faculdade. Eu não sei se, nas descrições mais conhecidas do estado de natureza, esse direito foi mencionado. A verdade é que este direito não foi localizado no estado de natureza, porque não emergem na sociedade da época em que nasceram doutrinas do direito natural, quando as exigências fundamentais que foram baseadas nessas sociedades para chegar aos poderosos da terra, foram exigências principalmente para a liberdade em face da Igreja e do Estado, e até mesmo não outros ativos tais como instrução, que só uma sociedade mais evoluído economicamente e socialmente poderia expressar. (BOBBIO, 1991, p. 75)

Na verdade, é somente nos tempos modernos, com a ascensão da burguesia, da filosofia individualista racionalista e o desenvolvimento do Estado Nacional, que será exibida no século XVIII, a idéia de formação como um direito de todos os cidadãos e dever do Estado. A Prússia de Frederick II é o primeiro país que prevê o ensino primário obrigatório (1763). Na França, a escola primária "obrigatório, gratuito e secular" será uma realidade apenas na Terceira República (1878-1882), mais ou menos ao mesmo tempo em que adquire formação básica obrigatória Inglaterra e no País Wales. (BAHIA HORTA, 1998, p.4.)

Após a Segunda Guerra Mundial, há uma democratização considerável de educação pública e um aumento da duração da escolaridade obrigatória. Finalmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em Paris em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, determinou no artigo 26: "Toda pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos em termos de graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. "

1.1.4.2 Natureza do Direito Humano à Educação

A educação entendida como um direito humano é uma questão pouco desenvolvida do ponto de vista conceitual.

De acordo com o Relatório Nacional sobre o Direito Humano à Educação, o fato de conceber a educação como um direito humano implica considerar o ser humano em sua vocação ontológica de querer "ser mais" de forma diferenciada de outros seres vivos, buscando superar sua condição de existência no mundo. Por isso, e para este fim, o homem usa seu trabalho para transformar a natureza e viver e conviver em sociedade. No exercício das suas capacidades, o homem faz a história, transforma o mundo, estando presente de forma permanente e ativa. Da mesma forma, a educação é a chave para a realização do elemento de vocação humana, entendida nos seus diferentes significados, num sistema de ensino formal e no campo não-formal (PLATAFORMA BRASILEIRA DE DIREITOS HUMANOS CONÔMICOS SOCIAIS E CULTURAIS, 2013, p. 124).

No entanto, de acordo com o documento do relator especial sobre o direito à educação da Comissão de Direitos Humanos da ONU no âmbito internacional, a garantia da educação obrigatória e gratuita, desde 1921, está ligada à eliminação trabalho infantil (TOMASEVSKY, 2004, P.8).

A base para esta afirmação está diretamente ligada à concepção que entende que a garantia do direito à educação abre a porta para outros direitos e sua negação traz negação de outros direitos e a perpetuação da pobreza.

Começa se a falar que do direito humano à educação, nesta perspectiva, pode ser caracterizado como um direito de empoderamento. Autores tais como Ricardo Hevia Rivas diz ao respeito “Se a finalidade do direito à educação é o empoderamento das pessoas para exercer plenamente seus direitos humanos e construir uma comunidade humana regida pelo princípio da paz, esta lei refere-se ao conteúdo essencial de uma ética de convivência humana” (HEVIA RIVAS, 2010, p.31)

Ou seja, esse direito dá o indivíduo mais controle no caminho de sua vida, e, em particular, mais controle sobre o efeito das ações do estado em si.

O exercício de muitos direitos civis e políticos, como a liberdade de informação, liberdade de expressão, o direito de escolher e ser escolhido entre outros, depende, pelo menos um nível mínimo de educação. Da mesma forma, um conjunto de derechos

económicos, sociais e culturais tais como o direito ao trabalho, direito a receber remuneração igual para trabalho igual, para se beneficiar de avanços científicos e tecnológicos e receber educação superior com base em suas habilidades, só pode ser exercido significativamente somente se a gente alcançou um nível significativo de educação.

Isto também se aplica ao direito de tomar parte na vida cultural. Para as minorias étnicas e linguísticas, o direito à educação é um meio principal de preservar e reforçar a sua identidade cultural.

A educação, mesmo que não garante, sim promove a compreensão, tolerância, respeito e amizade entre nações, grupos étnicos ou religiosos e pode ajudar a desenvolver com sucesso uma cultura universal dos direitos humanos.

Da mesma forma, a negação do direito, bem como as outras violações do direito à educação, prejudica a capacidade das pessoas para desenvolver suas próprias personalidades, proteger sua própria propriedade e suas famílias e participar adequadamente da vida política, social e económica. Na sociedade em geral a negação da educação diretamente viola a democracia, o progresso social e, por extensão, a paz internacional e a segurança humana.

A falta de segurança humana impede que a população adolescente para frequentar a escola. Isto é mais óbvio para crianças que sofrem de um conflito armado e particularmente para as crianças - soldado. Mas a pobreza, como uma das ameaças à segurança humana, também pode levar à negação do direito à educação.

O direito de saber os direitos de cada um, através da educação e aprendizagem dos direitos humanos, pode ser uma contribuição vital para a segurança humana. Através do ensino e a aprendizagem dos direitos humanos e direito internacional humanitário, podem ser impedidos as violações dos direitos humanos em conflitos armados e ser facilitada a reconstrução da sociedade após o conflito.

A educação é mais do que aprender a ler, escrever e remover contas. A origem latina da palavra significa "conduzir alguém fora". O direito de uma pessoa de educação

inclui as oportunidades educacionais, por exemplo, o direito ao básico, secundário e ensino superior.

O direito humano à educação, como é definido na Carta Internacional dos Direitos Humanos das Nações Unidas, mencionou o direito à educação gratuito e obrigatório nos estágios elementares e fundamentais. Estados-Membros, apesar da clareza da disposição, interpretou este requisito de maneiras diferentes. Por exemplo: "na Europa, na América do Norte, em Austrália e em algumas partes do Sul da Ásia, ensino fundamental significa todo o ensino secundário. Ainda cerca de 20 países no mundo não tem um definidos uma idade da escolaridade obrigatória." (PLATAFORMA BRASILEIRA DE DIREITOS HUMANOS CONÓMICOS SOCIAIS E CULTURAIS, 2013, p. 129).

Então, a educação, como vemos, é: "um assunto de muito importância para deixá-lo exclusivamente nas mãos dos políticos, que não vão lidar com isso, se não representam votos" (SAVATER, 1991, p. 10). Mas nem deve deixar apenas nas mãos dos indivíduos, porque há um risco de mercantilização aos caprichos dos interesses puramente privados. A educação é uma questão pública que deveria ser do interesse de todos, dada a elevada importância que tem tanto para o indivíduo e para a sociedade e o estado em geral.

E na tarefa educacional "o prato principal que ensinou os homens a um outro é o que é ser um homem" (SAVATER, 1991, p. 10). Ou seja, aquele tipo de pessoa queremos ser, com valores e, conseqüentemente, esse tipo de sociedade queremos construir. Isso leva necessariamente a considerar a vida pessoal e social prospectivamente. Porque "educar é o ato Supremo de humanizar" (SAVATER, 1991, p. 35), na interação com os outros, deixamo-nos com a sua humanidade.

Estas razões fazem a educação uma prioridade e o centro de interesse público. Em particular o estado como diretor e conselheiro, deve garantir que são destinados os recursos a ser investido e fornecer cuidados institucionais adequados, para que a educação seja o que é chamado para ser: o eixo central que abordam a formação de verdadeiros cidadãos e progresso social equitativo.

Então concluímos que a educação, como refere-se a isso o Comitê sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais (CESCR) em sua Observação Geral número 13 de 1999, parágrafo No.1 diz³:

“[...] A educação é um direito humano por si só e um meio indispensável para a realização de outros direitos humanos. Como direito do âmbito da autonomia da pessoa, a educação é o meio principal que permite a adultos e a crianças marginalizados económica e socialmente sair da pobreza e participar plenamente nas suas comunidades. A educação desempenha um papel decisivo na emancipação da mulher, na proteção das crianças contra a exploração laboral, trabalho perigoso e exploração sexual, na promoção dos direitos humanos e na democracia, na proteção do meio ambiente e no controlo do crescimento demográfico. Cada vez mais a educação é reconhecida como um dos melhores investimentos financeiros que os Estados podem fazer. Mas a importância da educação não é apenas prática: uma mente instruída, esclarecida e activa, com liberdade e amplitude de pensamento, é um dos prazeres e recompensas da existência humana.”

1.1.4.3 Dimensões do Direito à Educação

Podem-se diferenciar três dimensões do direito à educação, que atraem a atenção com relação a como devem ser exercidas, com o objetivo de que nenhum outro direito seja violado na escola durante o seu exercício completo:

Direito humano à educação: Como vimos, o direito à educação não é simplesmente o direito de ir à escola. Educação, como mencionado acima, deve ter qualidade, você é capaz de promover o desenvolvimento completo da pessoa, dar resposta aos interesses daqueles que estudam e comunidade.

Direitos humanos na educação: O exercício do direito à educação não pode ser vista isolada ao respeito dos outros direitos humanos. Você não pode permitir, por exemplo, que na educação básica, o conteúdo do programa ou materiais de ensino estabeleçam ou reforcem preconceitos. Também não devemos aceitar que o espaço físico para a escola pôr em perigo a saúde e a segurança dos estudantes, ou que a educação seja transmitida é implementada de forma autoritária, impedindo a livre

³ Aprovada no 21 período do sessões (49ª sessão) em 29 de Novembro de 1999, consultados no endereço <http://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf> de e-mail em novembro 2015

expressão do pensamento de professores e alunos ou participação em o exercício da administração da educação.

Como é argumentado pelo Tribunal Constitucional colombiano, em sua jurisprudência constante:

“Por outro lado, o Tribunal estabeleceu que as sanções que forneça o manual de convivência deve satisfazer critérios de razoabilidade e da proporcionalidade. Isto significa que a severidade da sanção deve ser em proporção direta com a gravidade da infração. Além disso, como é natural, a pena deve ser para toda consistente com os direitos fundamentais do aluno, o que implica a proibição absoluta de punição cruéis, desumanos ou degradantes e as sanções incompatível com a dignidade humana, particularmente aqueles que envolvem punição física, escárnio público e penalidades e imposição de um tratamento discriminatório com base em categorias de exposição proibidas ou suspeitas. Da mesma forma, a sanção disciplinar não pode impor, em geral, as restrições relativas ao envolvimento desproporcional de serviços educacionais, de modo que o aluno resulte sem escola. Além disso, as sanções devem ser confinadas ao campo disciplinar, mas pode ser confundido com o ambiente acadêmico, de modo que a sanção afeite a avaliação de desempenho do responsável.” (SENTENCIA T-565 DE 2013, CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA)⁴

Educação em direitos humanos: Os direitos humanos devem ser parte do processo educacional das pessoas. Para defender os seus direitos, todas as pessoas precisam de saber e como reivindicá-los em suas vidas diárias. Além disso, a educação em direitos humanos promove o respeito à diversidade étnica, racial, religiosa, cultural, geracional, territorial, orientação sexual, nacionalidade, opção política, entre outros. Da mesma forma promove a solidariedade entre os povos e nações, e, desta forma, reforçar a tolerância e a paz.

Como Uille Gomez coloca neste respeito:

“Os Planos Nacionais de Educação, e Educação em Direitos Humanos têm a sua principal influência em organizações internacionais, mas também, e sobretudo, na força dos pareceres da Constituição Federal, reproduzido em suas leis. A Constituição Federal, além de institucionalizar tratados e acordos internacionais, em seu artigo 206 estabelece seus princípios institucionais que devem reger e modelo do sistema regulatório das instituições constitucionais, incluindo os princípios que regem a formação”. (UILLE GOMES, 2009, p. 277)

⁴ Consultada no endereço eletrônico <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-565-13.htm> no mês de outubro no ano 2015

No caso da educação básica, estes princípios, características e dimensões especiais são necessários para a formação de profissionais da educação para o desenvolvimento de materiais pedagógicos para a construção do conteúdo programático das aulas e até mesmo de gestão educação escolar e sua relação com a comunidade. Tanto o que é ensinado e como é ensinado necessidade de estar em conformidade com os direitos humanos e incentivar a participação e respeito.

1.1.4.4 Elementos constitutivos do Direito à Educação

Se considerarmos o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, PIDESC, como o principal instrumento internacional sobre o direito à educação⁵, a realização desse direito se baseia essencialmente em seis elementos: a obrigação (para o ensino primário) e a educação gratuita, a educação de qualidade, a educação em direitos humanos, a liberdade dos pais ou responsáveis para escolher as escolas, a possibilidade de que as pessoas particulares ou colectivas de dirigir escolas , o princípio da não-discriminação e o princípio da cooperação internacional.

1.1.4.4.1 Obrigação e gratuidade

A. Educação básica e do ensino primário

Sob os tratados de direitos humanos, a educação primária deve ser livre. De acordo com o artigo 13.2.a. del PIDESC, “com o objetivo de assegurar o pleno exercício

⁵ O Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos Sociais e Culturais dedica dois artigos para o direito à educação, artigos 13 e 14. O artigo 13, a disposição a mais longa no Pacto, é o artigo mais amplo e mais abrangente sobre o direito de educação de toda a legislação internacional de direitos humanos.

desse direito, os Estados reconhecem que “A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.”⁶

Além disso, o PIDESC, Artigo 14 concede um período de dois anos aos Estados que, no momento em que se tornar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou território sob a sua jurisdição: “a obrigatoriedade ou a gratuidade da educação primária, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecido no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos.”⁷

A Convenção sobre os Direitos da Criança⁸ também exige aos países que a educação primária seja "obrigatória e gratuito para todos" (art. 28.1.a).

Deve notar-se a este respeito que a idade de admissão à escola (geralmente 6 ou 7 anos) ea duração da escolaridade obrigatória (4, 6, 9 ou 12 anos) variam de um país para outro. Perante esta situação, o Relator Especial sobre o Direito à Educação defende que o fim da escolaridade obrigatória é definida com a idade de 15 anos no mínimo⁹.

Isto corresponde com a idade mínima de admissão ao emprego, definido pela OIT ¹⁰. Mesmo este último aumentou esse limite, olhando para 18 anos, em sua Convenção sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil ¹¹.

⁶ O artigo 13.2 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, consultados no endereço de electrónico <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx> , em outubro de 2015.

⁷ *Ibíd.*

⁸ Consultada em endereço eletrônico <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>, em outubro do ano 2015.

⁹ Relatório E/CN.4/2001/52, 11 de janeiro de 2001 consultada no endereço eletrônico <http://www.oei.es/decada/portadas/G0410331.pdf> em outubro de 2015 , e Relatório E/CN.4/2002/60, 7 de Janeiro de 2002, consultada no endereço eletrônico <http://www.oei.es/decada/portadas/G0410331.pdf> em outubro de 2015.

¹⁰ OIT, Convenção nº. 138, aprovada em 26 de Junho de 1973 e em vigor desde 19 de junho de 1976, consultada no endereço eletrônico http://www.unicef.org/mexico/spanish/mx_resources_138_OIT.pdf em outubro de 2015.

¹¹ OIT, Convenção nº 182, aprovada em 17 de Junho de 1999 e em vigor desde 19 de novembro de 2000, consultada no endereço eletrônico <http://www.humanium.org/es/convenio-182-peores-formas-trabajo-infantil-1999/> em outubro de 2015

Por outro lado, de acordo com o artigo 13.2 d). do PIDESC, “Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária.”

B. Ensino secundário e superior

A gratuidade não se refere apenas ao ensino primário. O PIDESC exige que os Estados garantiram-lhe, progressivamente, para o ensino secundário e superior:

“A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.” (art. 13.2.b do PIDESC) “A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito” (art. 13.2.c do PIDESC)

1.1.4.4.2 Qualidade

É bem sabido que não é o suficiente ter edifícios adequados ou professores devidamente treinados para que o ensino de qualidade seja dispensado. Embora o conteúdo do que é ensinado é essencial, não há por que deixar de fora as condições e processo de tal educação. Estes aspectos são complementares e se reforçam mutuamente.

Para o Relator Especial sobre o Direito à Educação:

“O direito a uma educação de qualidade implica a necessidade de orientar os processos de aprendizagem e do ambiente escolar inteira e infraestrutura para o conhecimento e habilidades sejam construídas dentro de uma cidadania que permitam respeitar a dignidade e maior cooperação e valores comuns da humanidade, a diversidade, a paz, a solidariedade.” (Relatório anual do Relator Especial sobre

o direito à educação, E/CN.4/2005/50, 17 de dezembro de 2004, § 107 e 108.)¹²

A este respeito, o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais CODESC e o Relator Especial sobre o Direito à Educação estabeleceram quatro critérios interdependentes para medir a qualidade da educação: viabilidade, acessibilidade, aceitabilidade e adaptabilidade¹³.

A. Viabilidade

De acordo com o PIDESC, deve haver instituições e programas de ensino suficientes, acessíveis a todos para assegurar o acesso universal à quantidade educação. As condições para a função depende de numerosos fatores no contexto de desenvolvimento em que operam; por exemplo, edifícios, instalações sanitárias para ambos os sexos, água potável, qualificados e com salários competitivos, materiais de ensino, bibliotecas, serviços de informática, professores de tecnologia da informação, etc.

De acordo com o Centro Europa –Terceiro Mundo, CETIM:

“Devem existir escolas e programas educacionais em número suficiente. Os locais têm de gozar de boa manutenção e ser equipados com eletricidade, água corrente, banheiros (para meninas e meninos), etc. Os professores com formação adequada, devem receber um salário competitivo ao nível nacional. O número de alunos por turma não deve ser muito alta. O material educacional deve ser adequado e até mesmo - como exigido - contêm um equipamento da biblioteca, computadores e computador. (CETIM, 2007, P. 8)

¹² Consultado en la dirección electrónica

<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/informe-del-relator-especial-sobre-el-derecho-a-la-educacion-de-las-ninas-vernor-munoz-villalobos.pdf> en octubre de 2015.

¹³ Si bien el Relator Especial estableció estos criterios para la enseñanza primaria, sobre la que se concentró al principio de su mandato, para el CODESC, tienen que ser observados en todos los niveles de enseñanza y bajo todas las formas § 6 de la Observación General núm. 13 del CODESC, E/C.12/1999/10, y § 51 a 74 del informe anual del Relator Especial sobre el derecho a la educación, E/CN.4/1999/49 reseñados anteriormente).

Para este fim, devemos mencionar o artigo 13.2.e) do PIDESC que afirma que: “Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.”

B. Acessibilidade

O critério de acessibilidade tem a ver com as obrigações tendem a proteger o direito individual de acesso igual (igualdade de oportunidades, sem discriminação).

Nas palavras do relatora especial Katarina Tomasevski:

“A segunda obrigação do Estado refere-se a garantir o acesso a escolas públicas, especialmente em conformidade com as regras existentes, que proíbem a discriminação. A não discriminação é o princípio fundamental das normas internacionais de direitos humanos e aplica-se aos direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, como os direitos da criança incluídos nestas duas categorias. Não discriminação não deve estar sujeito a realização progressiva, mas deve ser alcançado imediatamente e totalmente (NAÇÕES UNIDAS Relator Especial sobre o direito à educação. Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Relatório anual do Relator Especial das Nações Unidas sobre o Direito à Educação, Katarina Tomaševski, apresentado de acordo com a Resolução 2000/9 da Comissão de Direitos Humanos. 11 de janeiro de 2001. E/CN.4/ 2001/52, ponto 51.)¹⁴

Escolas e programas educativos devem ser acessíveis a todos, sem discriminação (sexo, língua, religião, nacionalidade, etc.). O ensino deve estar em um local razoavelmente acessível (por exemplo, uma escola do bairro) ou através de tecnologia moderna (por exemplo, o ensino à distância).

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ¹⁵ exige aos Estados a tomarem as medidas necessárias para garantir que "ajustes razoáveis, dependendo das necessidades individuais" (art. 24.2.c).

¹⁴ Consultada en la dirección electrónica <http://www.oei.es/decada/portadas/G0410331.pdf> en octubre de 2015

¹⁵ Consultada en la dirección electrónica <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> en octubre de 2015.

C. Aceitabilidade

De acordo com o Comentário Geral nº 13 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), referenciado anteriormente, no seu parágrafo § 6 c) fornece:

“A forma e substância da educação, incluindo os currículos e métodos de ensino, tem que ser aceitável (por exemplo relevante, culturalmente adequada e de boa qualidade) para estudantes e, se for caso disso, os pais; isso é assunto para os objectivos da educação que se refere o parágrafo 1 do artigo 13 e os padrões mínimos aprovados pelo Estado na educação (ver parágrafos 3 e 4 do artigo 13).”

O alcance do critério de aceitabilidade foi ampliada através do desenvolvimento de normas internacionais de direitos humanos.

De acordo com a doutrina, “[...] Nas obrigações globais de aceitabilidade foram incorporadas questões como a educação étnica, com particular destaque para a língua de instrução para os membros dos povos indígenas e minorias étnicas” (GÓNGORA MERA, 2003, P. 47). Isso ocorre porque a linguagem, muitas vezes faz a educação inaceitável, quando não é a língua nativa das crianças.

A proibição dos castigos corporais e de prestação de serviços públicos de ensino em condições decentes, também foram tidos em conta como critérios de aceitabilidade

Assim, de acordo com o Relator Especial sobre o Direito à Educação, deve ser adicionado a estes elementos, o ensino fundamental na língua materna e que " seja orientada em termos de direitos humanos, o conteúdo eo processo da educação" (RELATÓRIO ANUAL DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, E / CN.4 / 1999/49, 13 de Janeiro de 1999, § 13)¹⁶.

De acordo com o Relator Especial: “a educação deve constituir um espaço de liberdade para o exercício e aprender todos os direitos, responsabilidades e

¹⁶ Ibídem, párrafo 13

capacidades humanas.” (RELATÓRIO ANUAL DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, E / CN.4 / 2005/50, 17 de Dezembro de 2004, § 44)¹⁷

Da mesma forma, devemos "oferecer investimento para educação não só para facilitar o desenvolvimento económico, mas também, e acima de tudo, para construir valores e conhecimentos que são destinadas a desenvolver a dignidade humana e uma cidadania proativa com os direitos das pessoas.” (RELATÓRIO ANUAL DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, E / CN.4 / 2005/50, 17 de Dezembro de 2004, § 46)¹⁸

Neste sentido, o Comitê sobre os Direitos da Criança (CDC) afirma:

“A educação a que toda criança tem direito é um projeto para prepará-lo para a vida cotidiana, reforçar a sua capacidade de desfrutar de todos os direitos humanos e promover uma cultura que é infundida por valores apropriados de direitos humanos. (...) A educação em matéria de direitos humanos deve ser um processo integral, de toda a vida, e deve começar com o reflexo dos valores dos direitos humanos na vida diária e experiências das crianças” (CRC, COMENTÁRIO NÚMERO GERAL. 1 CRC / GC / 2001/1, 17 de abril de 2001, § 2 e 15.)¹⁹

Na mesma linha, a "Recomendação da UNESCO sobre Educação para a Compreensão, Cooperação e Paz e Educação em Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais", adoptada em 19 de Novembro de 1974, elementos adicionais fornece.

De fato, em seus princípios fundamentais, afirma que:

“Conjugando aprendizagem, formação, informação e ação, a educação internacional deverá promover o adequado desenvolvimento intelectual e emocional do indivíduo. Deverá desenvolver um sentido de responsabilidade social e de solidariedade para com os grupos menos favorecidos e levar ao respeito do princípio da igualdade na vida quotidiana. Deverá também ajudar a desenvolver qualidades, aptidões e capacidades que permitam à pessoa adquirir uma consciência crítica dos problemas existentes aos níveis nacional e internacional, compreender e explicar os factos, as opiniões e as ideias, trabalhar em grupo, aceitar a livre discussão e nela participar, respeitar as regras de procedimento elementares em qualquer discussão e basear julgamentos de valor e decisões numa análise racional dos factos e fatores pertinentes.

¹⁷ Ibídem, párrafo 44

¹⁸ Ibídem, párrafo 46

¹⁹ Consultada en la dirección electrónica <http://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> en octubre de 2015.

A educação deverá destacar a inadmissibilidade do recurso à guerra para fins de expansão, agressão e domínio, ou da utilização da força e da violência para fins repressivos e deverá fazer com que todas as pessoas compreendam e assumam as suas responsabilidades ao nível da manutenção da paz. Deverá contribuir para a compreensão internacional e o reforço da paz mundial, bem como para as atividades de luta contra o colonialismo sob todas as suas formas e manifestações e contra todas as formas e variedades de racismo, fascismo e apartheid, bem como outras ideologias que fomentem o ódio nacional e racial e sejam contrárias aos fins da presente recomendação..” (ARTS. III.5 y 6)

D. Adaptabilidade

O critério de adaptabilidade refere-se a "[...] o conteúdo do processo de aprendizagem, adjudicando importância primordial para os melhores interesses da criança, conforme estipulado pela Convenção sobre os Direitos da Criança" e "[...] o conhecimento, habilidades e valores que tem exigem durante sua vida" (NAÇÕES UNIDAS Relator Especial sobre o direito à educação. Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Relatório anual do Relator Especial das Nações Unidas sobre o Direito à Educação, Katarina Tomaševski, apresentado de acordo com a Resolução 2000/9 da Comissão de Direitos Humanos. 11 de janeiro de 2001. E / CN.4 / 2001/52, parágrafos 70 e 72.)²⁰

Para o Relator Especial, a adaptabilidade também envolve uma revisão de programas e manuais existentes ou criar novos para eliminar os estereótipos que afectam étnicos e raciais minorias, imigrantes e mulheres.

No caso das meninas, o relator diz: "Nas últimas décadas tem havido profundas alterações no conteúdo da educação: ela passou de educação de meninas para ser boas donas de casa para libertando-os de estereótipos de género e permitir-lhes desenvolver-se livremente" (NAÇÕES UNIDAS Relator Especial sobre o direito à educação. Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Relatório anual do Relator Especial das Nações Unidas sobre o Direito à Educação, Katarina Tomaševski, apresentado de acordo com a Resolução 2000/9 da Comissão de Direitos Humanos. 11 de janeiro de 2001. E / CN.4 / 2001/52, parágrafo 72.)

²⁰ Consultada en la dirección electrónica <http://www.oei.es/decada/portadas/G0410331.pdf> en Octubre de 2015.

O Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, em seu Comentário Geral No. 13 (E / C.12 / 1999/10) Dezembro de 1999, 6.d. § conforme descrito, diz o seguinte: "A educação deve ter a flexibilidade para se adaptar às necessidades de mudança de sociedades e comunidades e responder às necessidades dos estudantes dentro de seus diversos contextos sociais e culturais.

De acordo com o CETIM:

"Hoje em dia, não é raro ver nos livros didáticos e nos meios de comunicação clichês que contribuem para o ódio entre as comunidades ou imagens degradantes de mulheres. Se legado do colonialismo, patriarcal, as tradições religiosas ou culturais, este estado de coisas não é tolerável nem compatível com os instrumentos internacionais sobre direitos humanos. (CETIM, 2007, p. 10)

Com base na constatação de que os estereótipos nos materiais de ensino e os valores e modelos representados pela mídia e ajuda a publicidade para perpetuar a desigualdade e inferioridade, o Comitê sobre os Direitos da Criança, em seu relatório sobre a 8ª sessão, CRC / C / 38, de 20 de Fevereiro de 1995, no parágrafo 17 recomenda que os Estados:

“cambiar la imagen de la mujer en los medios de comunicación, la publicidad y los manuales escolares, transmitiendo mensajes apropiados para luchar contra la desigualdad, los estereotipos y las resistencias [...] integrando la enseñanza de los derechos del niño en el programa de estudios escolar y en la formación de maestros e instructores”

Por seu lado, o Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) na sua Recomendação Geral No. 3, insta os Estados a "adotar programas de educação eficazes e de alcance para ajudar a eliminar preconceitos e práticas atuais que impedem a plena aplicação do princípio da igualdade social para as mulheres".

1.1.4.4.3 Educação em direitos humanos

Como vimos, os instrumentos internacionais sobre direitos humanos são claras e recomendam aos Estados para integrar a educação em direitos humanos em todos os

níveis de ensino. Os mecanismos de controlo dos direitos humanos da ONU (CDESC, o Relator Especial sobre o Direito à Educação e o Comité sobre os Direitos da Criança, especialmente) não deixam de lembrar os Estados de suas obrigações sobre o assunto.

De fato, em 1988, por ocasião do 40º aniversário da adopção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a ONU lançou uma campanha de informação global sobre os direitos humanos. Com ênfase na sensibilização, informação e educação, o slogan da campanha era "Conhece os direitos humanos, conhecer os seus direitos"²¹. (CETIM, 2009, P. 12).

O objetivo da campanha global era "estabelecer uma cultura universal dos direitos humanos em que é claramente determinado que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são inerentes à pessoa humana, sem distinção" (CETIM, 2009, P. 12).

Foi conferido para coordenar as atividades de campanha ao Centro para os Direitos Humanos da ONU dependência predecessora do Alto Comissariado da ONU dos Direitos Humanos. Neste contexto, realizou numerosas e variadas atividades (publicações, organização de seminários, demonstrações e treinamento, etc...)²².

Ao mesmo tempo, houve iniciativas em curso para a operacionalização da educação em direitos humanos. Assim, em 1983, a Assembleia Geral da ONU, no parágrafo 4 ° do dispositivo da Resolução 38/57, aprovada em 09 de dezembro de 1983, solicitou à UNESCO que "em cooperação com os Governos, execute extenuantes esforços para difundir o ensino dos direitos humanos em todas as instituições

²¹ O § 7 da parte dispositiva da Resolução 43/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, aprovada em 08 de dezembro de 1988 estabelece que a Assembleia Geral "Decide lançar a 10 de dezembro de 1988, no quadragésimo aniversário da Declaração Universal de Direitos Humanos, dentro dos recursos existentes, uma campanha de informação pública mundial sobre direitos humanos, em que, para desenvolver e reforçar as atividades da Organização neste campo em todo o mundo e orientado para a prática, aproveitando as atividades complementares órgãos interessados do sistema das Nações Unidas, Estados e organizações não-governamentais". Consultada no endereço eletrônico <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/43/128&Lang=S> em Outubro de 2015.

²² Para mais informações sobre este respeito, disponível no site do Alto Comissário Direitos Humanos, www2.ohchr.org/spanish/issues/education/training/index.htm

educacionais, especialmente nas escolas primárias e secundárias, bem como a formação de grupos profissionais relevantes, [...]”²³

Em 1993, na Declaração e Programa de Ação de Viena, n.º 78, aprovada na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena, durante os dias de 14-25 junho de 1993 estimou que "a educação, formação e informação pública sobre os direitos humanos são essenciais para estabelecer e promover relações estáveis e harmoniosas entre as comunidades e para promover a compreensão mútua, tolerância e paz”.

Da mesma forma, no parágrafo 79 incitou "todos os Estados e instituições para incluir os direitos humanos, o direito humanitário, a democracia e o Estado de direito como disciplinas nos currículos de todas as instituições de ensino na educação formal e não formal”.

Em 1994, a Assembléia Geral da ONU, no parágrafo 2 ° do dispositivo da resolução 49/184 adoptada em 23 de dezembro de 1994, proclamou o período de dez anos a partir de 1º janeiro de 1995, referido como a "Década das Nações Unidas para a educação no domínio dos direitos humanos”.

Dois anos mais tarde, a Assembleia Geral da ONU adota "Diretrizes para o desenvolvimento de planos de ação nacionais para a educação em matéria de direitos humanos" na sua Resolução A / 52/469 / Add.1, adoptada em 20 de Outubro de 1997, que constituem uma verdadeira guia para os governos nacionais em seus esforços nesta área.

Em 2004, a Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução A / RES / 59/113, parágrafo 2 da parte decisória, adoptada em 10 de Dezembro de 2004, proclama: "o Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos, que terá início em 1 de Janeiro de 2005, que será estruturado em etapas sucessivas e visa promover a implementação de programas de educação no campo dos direitos humanos em todos os setores.”²⁴

²³ Consultado en la dirección electrónica <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/38/57&Lang=S> en octubre de 2015.

²⁴ Consultado en la dirección electrónica <http://pnedh.snep.edu.uy/files/2013/05/Res-AG-prog-mund-EDH.pdf> en octubre de 2015.

É necessário considerar que todos os esforços feitos pela ONU neste campo produziram apenas alguns resultados até agora. Assim, o relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos no meio do caminho da avaliação global através da Década das Nações Unidas para a educação no domínio dos direitos humanos (1995-2004), apresentado na 55.^a sessão da Assembleia geral na resolução a / 55/360, de 7 de setembro de 2000, percebeu uma situação esmagadora:

""na África, "não há uma matéria de direitos humanos que seja ditada separadamente" (§ 31); nas Américas ", muito poucos governos da região desenvolveram planos nacionais de ação para educação em direitos humanos" (§ 47); na Ásia e no Pacífico, "Apenas dois países adotaram tais planos" (§ 65); na Europa, "Há até agora muitos poucos programas de ação nacionais para a educação em direitos humanos, quer como tal ou como parte de um plano mais amplo de direitos humanos" (§ 86) e, mais geralmente, "o educação no campo dos direitos humanos na formação de grupos profissionais antes do serviço e o serviço é muito limitado" (§ 96.h)". (CETIM, 2009, p. 13).

Entre as principais razões para este fracasso, podemos listar a falta de vontade política dos Estados, a falta de recursos ou de especialização nesta área, mas também, em alguns países, a instabilidade política, corrupção, pobreza crônica e analfabetismo (CETIM, 2009, p. 13).

A situação não era muito diferente no final da década, de acordo com o Relatório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos intitulado "Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de direitos humanos (1995-2004)", apresentado à 60.^a sessão da Comissão de direitos humanos, E / CN.4 / 2004/93, de 25 de Fevereiro de 2004. Talvez por isso, o Programa global da educação em matéria de direitos humanos, iniciado em 2005, "não tem limite de tempo".²⁵

E talvez esta seja a razão pela qual o Conselho de Direitos Humanos, pela Resolução 6/10, aprovada em 28 de setembro de 2007, confiou ao Comité Consultivo, um órgão subsidiário do Conselho composto por 18 peritos independentes, o desenvolvimento de um "projeto de declaração sobre a educação e formação em direitos humanos ", a fim de ter um instrumento específico sobre esta questão.

²⁵ Consultada en la dirección electrónica <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/112/39/PDF/G0411239.pdf?OpenElement> en octubre de 2015.

O Comité Consultivo conformou imediatamente um grupo de redação e preparou um projeto de declaração sobre a formação educação e direitos humanos ²⁶. Este texto foi aprovado pelo Comité Consultivo na sua sessão de Janeiro de 2010 e enviado para o Conselho de Direitos Humanos para consideração na sua 13ª reunião (Março de 2010).

A 02 de novembro de 2011, pela resolução A / C.3 / 66 / L.65, a Assembleia Geral das Nações Unidas emitiu a sua Declaração sobre a educação e formação sobre os direitos humanos, convidando governos, agências e organizações das Nações Unidas e as organizações intergovernamentais e não governamentais para que intensifiquem seus esforços para divulgar a Declaração e para promover o respeito e a compreensão dos mesmos universalmente.

1.1.4.4.4 A liberdade dos pais ou responsáveis para escolher as escolas.

Artigo 13.3 do PIDESC prevê a possibilidade de os pais ou responsáveis:

“[...] de escolher para seus filhos escolas diferentes das estabelecidas pelas autoridades públicas, que estejam em conformidade com as normas mínimas que o Estado estabeleceu ou aprovados na educação escolas, e para tornar seus filhos ou pupilos educação religiosa e moral você concorda com as suas próprias convicções.”

É claro que essa liberdade não é absoluta, uma vez que os estabelecimentos em questão devem satisfazer os critérios estabelecidos pelo Estado, que, por sua vez, devem estar de acordo com a definição, a finalidade e o conteúdo do direito de ensino reconhecido nos instrumentos de direitos humanos internacionais.

No entanto, de acordo com a CETIM:

[...] por a pressão das políticas neoliberais e mídia religiosa, os fundos públicos são muitas vezes desviados para financiar instituições privadas de ensino, incluindo o ensino superior, contrariando o núcleo do direito à educação que proíbe a discriminação e elitismo.” (CETIM, 2007, p. 14)

²⁶ Consultado en la dirección electrónica

www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/advisorycommittee/session3/docs/A.HRC.AC.3.CRP.4.Co rr.1.pdf

Neste sentido, o CODEC, no seu Comentário Geral nº 13, parágrafo 35, acima referenciado, requer o seguinte: “As fortes disparidades nas políticas de gastos, que tenham como resultado que a qualidade da educação seja distinta para as pessoas que residam em diferentes lugares, podem constituir uma discriminação segundo o Pacto.”

Pelo referido a liberdade e educação religiosa, é consagrada no art. 18 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e os artigos 1 e 6 da Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença²⁷.

²⁷ **PIDCP** Artigo 18: “1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.

4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos países e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções. Consultado em la dirección electrónica http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm en octubre de 2015.

Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções, Artigo 1: §1. Toda pessoa tem o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito inclui a liberdade de ter uma religião ou qualquer convicção a sua escolha, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções individuais ou coletivamente, tanto em público como em privado, mediante o culto, a observância, a prática e o ensino.

§2. Ninguém será objeto de coação capaz de limitar a sua liberdade de ter uma religião ou convicções de sua escolha.

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou as próprias convicções estará sujeita unicamente às limitações prescritas na lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.

Artigo 6: Conforme o "artigo 1º" da presente Declaração e sem prejuízo do disposto no "§3 do artigo 1º", o direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de convicções compreenderá especialmente as seguintes liberdades:

- a) A de praticar o culto e o de celebrar reuniões sobre a religião ou as convicções, e de fundar e manter lugares para esses fins.
- b) A de fundar e manter instituições de beneficência ou humanitárias adequadas.
- c) A de confeccionar, adquirir e utilizar em quantidade suficiente os artigos e materiais necessários para os ritos e costumes de uma religião ou convicção.
- d) A de escrever, publicar e difundir publicações pertinentes a essas esferas.
- e) A de ensinar a religião ou as convicções em lugares aptos para esses fins.
- f) A de solicitar e receber contribuições voluntárias financeiras e de outro tipo de

Segundo o CDESC, no seu Comentário Geral nº 13, parágrafo 28, são possíveis o ensino de temas "tais como a história geral das religiões e ética em escolas públicas, desde que sejam dadas de forma imparcial e objetiva, respeitando liberdade de pensamento, de consciência e de expressão."

No entanto, em seguida, na mesma disposição afirma que "a educação pública, que inclui instrução em uma religião ou crença particular é incompatível com o parágrafo 3 do artigo 13 do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, a menos que existirem isenções estipuladas no discriminatório ou alternativas que atendam os desejos dos pais e responsáveis.

1.1.4.4.5 Liberdade de as pessoas singulares ou colectivas de criar e gerir escolas

Artigo 13.4 do PIDESC nestes termos determina a criação de instituições privadas de ensino:

"Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1º do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado."

Como a liberdade dos pais ou responsáveis para escolher escolas para seus filhos, a liberdade de criar e gerir as escolas privadas não é absoluta e está sujeita aos objetivos do direito à educação.

particulares e instituições;

g) A de capacitar, nomear, eleger e designar por sucessão os dirigentes que correspondam segundo as necessidades e normas de qualquer religião ou convicção.

h) A de observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção.

i) A de estabelecer e manter comunicações com indivíduos e comunidades sobre questões de religião ou convicções no âmbito nacional ou internacional. Consultada en la dirección electrónica <https://www.oas.org/dil/port/1981Declara%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20a%20Elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20Todas%20as%20Formas%20de%20Intoler%C3%A2ncia%20e%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Baseadas%20em%20Religi%C3%A3o%20ou%20Cren%C3%A7a.pdf> en Octubre de 2015.

O CETIM observa que:

“ [...] deve notar-se a este respeito que muitas instituições educacionais, sem fins lucrativos também se enquadram na categoria de instituições privadas de ensino, às vezes até mesmo financiado parcial ou totalmente por fundos públicos, de modo que eles não são executados pelo estado (escolas religiosas, escolas para pessoas com deficiência, etc.)” (CETIM, 2007, p.16)

Também destaca o Centro Europa-Terceiro Mundo que as escolas privadas podem ser complementares às escolas públicas (especialmente em esportes e atividades extracurriculares artísticas, etc.), e pode até mesmo "tornar possível a preservação de línguas, culturas ou religiões no caso dos países e/ou regiões ou grupos dominantes que agem de forma discriminatória ou repressiva sobre outros povos ou comunidades que compõem o Estado. "(CETIM de 2007, P.16)

1.1.4.4.6 Princípio da não discriminação

A não discriminação é um dos princípios fundamentais inderrogáveis dos direitos humanos. Ele está consagrada em diversos instrumentos internacionais. Este princípio também é parte do núcleo do direito à educação.

Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seus artigos 26 e 27²⁸, o PIDESC em Artigo 2.2²⁹, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de

²⁸ Art. 26: 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Art. 27: 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor. Consultada em la dirección electrónica <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> en octubre de 2015.

²⁹ Art. 2.2.: Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. Consultada en la dirección electrónica http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm en octubre de 2015.

Todas as Formas de Discriminação Racial, em seus artigos 5 e 7³⁰, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres em Artigo 10³¹,

³⁰ Artículo 5: De acordo com as obrigações fundamentais enunciadas no Artigo 2.º da presente Convenção, os Estados Partes obrigam-se a proibir e a eliminar a discriminação racial, sob todas as suas formas, e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, nomeadamente no gozo dos seguintes direitos:

- a) Direito de recorrer aos tribunais ou a quaisquer outros órgãos de administração da justiça;
- b) Direito à segurança da pessoa e à protecção do Estado contra as vias de facto ou as sevícias da parte quer de funcionários do Governo, quer de qualquer pessoa, grupo ou instituição;
- c) Direitos políticos, nomeadamente o direito de participar nas eleições de votar e de ser candidato por sufrágio universal e igual, direito de tomar parte no Governo, assim como na direcção dos assuntos públicos, em todos os escalões, e direito de aceder, em condições de igualdade, às funções públicas;
- d) Outros direitos civis, nomeadamente:
 - i) Direito de circular livremente e de escolher a sua residência no interior de um Estado;
 - ii) Direito de abandonar qualquer país, incluindo o seu, e de regressar ao seu país;
 - iii) Direito a uma nacionalidade;
 - iv) Direito ao casamento e à escolha do cônjuge;
 - v) Direito de qualquer pessoa, por si só ou em associação, à propriedade;
 - vi) Direito de herdar;
 - vii) Direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião;
 - viii) Direito à liberdade de opinião e de expressão;
 - ix) Direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas;
- e) Direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente:
 - i) Direitos ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, à protecção contra o desemprego, a salário igual para trabalho igual e a uma remuneração equitativa e satisfatória;
 - ii) Direito de fundar sindicatos e de se filiar em sindicatos;
 - iii) Direito ao alojamento;
 - iv) Direito à saúde, aos cuidados médicos, à segurança social e aos serviços sociais;
 - v) Direito à educação e à formação profissional;
 - vi) Direito de tomar parte, em condições de igualdade, nas actividades culturais;
- f) Direito de acesso a todos os locais e serviços destinados a uso público, tais como meios de transporte, hotéis, restaurantes, cafés, espectáculos e parques.

Art. 7: Os Estados Partes obrigam-se a adoptar medidas imediatas e eficazes, nomeadamente nos domínios do ensino, da educação, da cultura e da informação, para lutar contra os preconceitos que conduzem à discriminação racial, e favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre nações e grupos raciais ou étnicos, bem como para promover os objectivos e princípios da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e da presente Convenção. Consultada em la dirección electrónica <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriraci.htm> en octubre de 2015.

³¹ Artigo 10: Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, a fim de assegurar-lhe a igualdade de direitos com o homem na esfera da educação e em particular para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres:

- a) as mesmas condições de orientação em matéria de carreiras e capacitação profissional, acesso aos estudos e obtenção de diplomas nas instituições de ensino de todas as categorias, tanto em zonas rurais como urbanas; essa igualdade deverá ser assegurada na educação pré-escolar, geral, técnica e profissional, incluída a educação técnica superior, assim como todos os tipos de capacitação profissional;
- b) acesso aos mesmos currículos e mesmos exames, pessoal docente do mesmo nível profissional, instalações e material escolar da mesma qualidade;
- c) a eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino em todos os níveis e em todas as formas de ensino, mediante o estímulo à educação mista e a outros tipos de educação que contribuam para

a Convenção sobre os Direitos da Criança no artigo 28³², Convenção nº 169 da OIT dela referentes aos povos indígenas e tribais no artigo 26³³, a Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias em seu Artigo 30³⁴ e a Convenção da UNESCO sobre a Luta contra a Discriminação no Ensino, no artigo 1^{o35}, mencionam este princípio com precisão

alcançar este objetivo e, em particular, mediante a modificação dos livros e programas escolares e adaptação dos métodos de ensino;

d) as mesmas oportunidades para a obtenção de bolsas de estudo e outras subvenções para estudos;

e) as mesmas oportunidades de acesso aos programas de educação supletiva, incluídos os programas de alfabetização funcional e de adultos, com vistas a reduzir, com a maior brevidade possível, a diferença de conhecimentos existentes entre o homem e a mulher;

f) a redução da taxa de abandono feminino dos estudos e a organização de programas para aquelas jovens e mulheres que tenham deixado os estudos prematuramente;

g) as mesmas oportunidades para participar ativamente nos esportes e na educação física;

h) acesso a material informativo específico que contribua para assegurar a saúde e o bem-estar da família, incluída a informação e o assessoramento sobre o planeamento da família. Consultada em la dirección electrónica http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10233.htm en octubre de 2016.

³² Artigo 28: 1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;

b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;

c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;

d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;

e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.

2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente convenção.

3. Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento. Consultada en la dirección electrónica <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dc-conv-sobre-dc.html> en octubre de 2015.

³³ ARTIGO 26 Medidas deverão ser tomadas para garantir que os membros dos povos interessados tenham a oportunidade de adquirir uma educação em todos os níveis pelo menos em condições de igualdade com a comunidade nacional. Consultada en la dirección electrónica

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100907.pdf en octubre de 2015

³⁴ Artigo 30: “Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo.” Consultada en la dirección electrónica

<https://www.oas.org/dil/port/1990%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20sobre%20a%20Protec%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20de%20Todos%20os%20Trabalhadores%20Migrantes%20e%20suas%20Fam%>

CETIM destaca o respeito da última convenção:

“[...] enquanto o artigo 5 da Convenção da UNESCO citado, que reconhece às minorias o direito de realizar "atividades educacionais que sejam adequadas, incluindo a gestão da escola", faz uma reserva sobre este mesmo: você não deve "envolver soberania nacional ". Esta limitação é discutível, uma vez que muitos governos, como no passado, continuam abrigando-o esse argumento para perpetuar a discriminação contra as minorias nacionais.” (CETIM, 2007, p.17)

De acordo com o CODESC no seu Comentário Geral nº 13, parágrafo 31, o princípio da não discriminação não tem nenhuma ambiguidade:

“A proibição de discriminação consagrada no parágrafo 2 do artigo 2º do Pacto não está sujeita nem à realização progressiva nem à disponibilidade de recursos; aplica-se plena e imediatamente a todos os aspectos da educação e abrange todos os motivos internacionalmente proibidas de discriminação.”

1.1.4.4.7 Cooperação internacional

A cooperação e assistência internacional estão consagrados na Carta das Nações Unidas (art. 55 y 56)³⁶, o PIDESC (art. 2.1)³⁷ e na Declaração sobre o Direito ao

[C3%ADlias,%20a%20resolu%C3%A7%C3%A3o%2045-158%20de%2018%20de%20dezembro%20de%201990.pdf](#) em outubro de 2016.

³⁵ Artigo 1º: “se entiende por “discriminación”: toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial: a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; c) A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o d) Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana.” Consultada en la dirección electrónica <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-a-Educa%C3%A7%C3%A3o/convencao-relativa-a-luta-contra-as-discriminacoes-na-esfera-do-ensino.html> en octubre de 2015.

³⁶ Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão:

- a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social;
- b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e
- c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Artigo 56. Para a realização dos propósitos enumerados no Artigo 55, todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente. Consultada en la dirección electrónica http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm en octubre de 2015.

Desenvolvimento (art. 3 y 4 em particular)³⁸. Ao abrigo destes instrumentos, os Estados que não podem pagar ou não podem cumprir seus compromissos com seus cidadãos respeito dos direitos humanos, podem contar com a ajuda de outros Estados, uma vez que os Estados são obrigados, individual e coletivamente, a realização desses direitos, entre os quais está o direito à educação.

Este apoio não deve ser limitada a questões financeiras, mas devem incluir, no que respeita ao direito à educação, todos os tipos de cooperação: intercâmbio de experiências, intercâmbios culturais, a formação de professores e alunos, etc. As organizações internacionais e agências das Nações Unidas devem, sob a sua alçada, contribuir para a implementação efectiva do direito à educação.

³⁷ Artigo 2. 1: Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos económico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. Consultado en la dirección electrónica http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm en octubre de 2015

³⁸ Artigo 3º §1. Os Estados têm a responsabilidade primária pela criação das condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento.

§2. A realização do direito ao desenvolvimento requer pleno respeito aos princípios do direito internacional, relativos às relações amistosas de cooperação entre os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas.

§3. Os Estados têm o dever de cooperar uns com os outros para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao desenvolvimento. Os Estados deveriam realizar seus direitos e cumprir suas obrigações, de modo tal a promover uma nova ordem económica internacional, baseada na igualdade soberana, interdependência, interesse mútuo e cooperação entre todos os Estados, assim como a encorajar a observância e a realização dos direitos humanos.

Artigo 4º Os Estados têm o dever de, individual e coletivamente, tomar medidas para formular as políticas internacionais de desenvolvimento, com vistas a facilitar a plena realização do direito ao desenvolvimento. É necessária ação permanente para promover um desenvolvimento mais rápido dos países em desenvolvimento. Como complemento dos esforços dos países em desenvolvimento, uma cooperação internacional efetiva é essencial para prover esses países de meios e facilidades apropriados para incrementar seu amplo desenvolvimento. Consultado en la dirección electrónica <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html> en octubre de 2015.

1.2 Normatividade aplicável relativa ao direito à Educação

1.2.1 Normatividade Internacional

1.2.1.1 Definição do Direito à Educação nas normatividades globais e regionais

O direito à educação é reconhecido em diversos instrumentos internacionais sobre direitos humanos. Através do que é conhecido como a Carta Internacional dos Direitos Humanos³⁹, o reconhecimento do direito à educação como um direito humano é plausível e inquestionável.

No entanto, os textos que definem o conteúdo eo alcance deste direito são mais plenamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁰, o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁴¹ e da Convenção sobre os Direitos da Criança⁴².

O Artigo 26 da Declaração Universal estabelece o conteúdo e alcance do direito humano à educação nos seguintes termos:

1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional dever ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plen igualdade, em função do seu mérito
2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento da actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.

³⁹ A Carta Internacional dos Direitos Humanos inclui a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e seus dois protocolos opcionais.

⁴⁰ Adotado em 1948/10/12, ela tem adesão de todos os Estados membros da ONU.

⁴¹ Adotado em 1966/12/16 e em vigor desde 1976/03/01, é hoje ratificada por 160 Estados.

⁴² Adotado em 20/11/1989 e em vigor desde 1990/09/02. Esta convenção é ratificada por todos os estados, Exceto os EUA e a Somália.

O Artigo 13.1 do PIDESC leva quase palavra por palavra o conteúdo do artigo 26.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Pelo artigo 29.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, os Estados Partes acordam:

“Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de: a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial; b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas; c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua; d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena; e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.

Os principais órgãos da ONU responsáveis para manter o controle da implementação do direito à educação fizeram complementar para a definição desta contribuições certas. De acordo com o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o principal órgão das Nações Unidas responsável pela verificação da implementação do direito à educação por parte dos Estados na Observação Geral No.13, adoptada em Dezembro de 1999, a E / C.12 / 1999/10, § 1:

“A educação é um direito humano por si só e um meio indispensável para a realização de outros direitos humanos. Como direito do âmbito da autonomia da pessoa, a educação é o meio principal que permite a adultos e a crianças marginalizados económica e socialmente sair da pobreza e participar plenamente nas suas comunidades. A educação desempenha um papel decisivo na emancipação da mulher, na protecção das crianças contra a exploração laboral, trabalho perigoso e exploração sexual, na promoção dos direitos humanos e na democracia, na protecção do meio ambiente e no controlo do crescimento demográfico. Cada vez mais a educação é reconhecida como um dos melhores investimentos financeiros que os Estados podem

fazer. Mas a importância da educação não é apenas prática: uma mente instruída, esclarecida e activa, com liberdade e amplitude de pensamento, é um dos prazeres e recompensas da existência humana.”

Para o Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos sobre o Direito à Educação, este:

“Tem uma própria ontologia que é inserida em todas as manifestações da vida e que as alimenta. A inter-relação dos direitos humanos não é mais evidente que nos processos educacionais, para que o direito à educação é também uma garantia individual e um direito social cuja expressão máxima é a pessoa no exercício de sua cidadania.” (Relatório anual do Relator Especial apresentado à 61ª sessão da Comissão de Direitos Humanos, E / CN.4 / 2005/50, 17 de Dezembro de 2004, § 6.)

No que respeita à Nações Unidas para Educação e Diversificação, a Ciência ea Cultura, UNESCO, dá à educação a seguinte definição, consubstanciado na Recomendação sobre Educação para a Compreensão Internacional, Cooperação e paz e educação relativa aos direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais⁴³:

“[...] § 1.1.a.: o processo global da sociedade, através do qual indivíduos e grupos sociais aprendem a desenvolver conscientemente dentro da comunidade nacional e internacional e o benefício de todas as suas habilidades, atitudes, habilidades e conhecimentos deles. Este processo é limitado a uma determinada actividade.”

1.2.1.2 Protecção do Direito à Educação na normatividade global

É muito denso para mencionar todas as normas internacionais em matéria de educação. Por essa razão, e por razões de espaço, então eles vão ser mencionado nesta dissertação, além dos já mencionados, as regras mais importantes que abrangem diferentes aspectos do direito à educação nas diferentes categorias de pessoas.

A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, instrumento adoptado em 28 de Julho de 1951 e em vigor desde 22 de abril de 1954 e ratificada hoje por 144

⁴³ Adoptada el 19 de noviembre de 1974 por la Conferencia General de la UNESCO

Estados⁴⁴, é uma carta de direitos cujo princípio fundamental é "que os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos e das liberdades fundamentais".

Se considerarmos que este estatuto é um grande esforço por parte das Nações Unidas em sua profunda preocupação para os refugiados e sua vontade de garantir-lhes o exercício mais amplo possível dos direitos e liberdades fundamentais, no que respeita ao direito de educação a clara intenção é estendê-la a este grupo de pessoas que sofrem do flagelo do exílio, como segue:

"Os Estados Contratantes darão aos refugiados o mesmo tratamento que aos nacionais no que concerne ao ensino primário." (art. 22.1);

"Os Estados Contratantes darão aos refugiados um tratamento tão favorável quanto possível, e em todo caso não menos favorável do que o que é dado aos estrangeiros em geral, nas mesmas circunstâncias, quanto aos graus de ensino além do primário e notadamente no que concerne ao acesso aos estudos, ao reconhecimento de certificados de estudos, de diplomas e títulos universitários estrangeiros, à isenção de direitos e taxas e à concessão de bolsas de estudo." (art. 22.2)

Além disso, a recomendação da UNESCO relativa ao Estatuto dos Professores, aprovada em 5 de outubro de 1966, trata da formação de professores, a sua melhoria, progressão e promoção do emprego e carreiras, salários e segurança social. Ele também indica os direitos e deveres dos professores, liberdades profissionais e as condições favoráveis para a eficácia do ensino.

Da mesma forma, a Declaração sobre o Progresso e Desenvolvimento Social como proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 11 de Dezembro 1969 pela resolução 2542 (XXIV), em seu artigo 10.e), prevê que:

O progresso e desenvolvimento social visarão a elevação contínua dos níveis de vida materiais e espirituais de todos os membros da sociedade, dentro do respeito e em observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais, mediante a realização dos seguintes objectivos principais: (...) Erradicação do analfabetismo e garantia do direito de acesso universal à cultura, à educação gratuita e obrigatória a nível primário e à educação gratuita a todos os níveis; elevação do nível geral de educação ao longo da vida"

⁴⁴ Consultado en la página web

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ProtocolStatusOfRefugees.aspx>

Além disso, nos termos do artigo 21.b) da presente Declaração:

“A consecução dos objectivos de progresso e desenvolvimento social requer a mobilização dos recursos necessários por ação nacional e internacional, em particular atenção a tais meios e métodos, é fornecido como se segue: (...) A adopção de medidas para acelerar a extensão e melhoria do ensino geral, profissional e técnico e formação e re- educação, que devem ser fornecidos gratuitamente a todos os níveis; elevar o nível geral da educação; o desenvolvimento e expansão dos meios de comunicação nacionais e sua utilização racional e integral para garantir a formação continuada de toda a população e incentivar sua participação em actividades de desenvolvimento social; a utilização construtiva do tempo de lazer, especialmente crianças e adolescentes.”

Além disso, no artigo em 4. a) da Recomendação da UNESCO sobre o Desenvolvimento da Educação de Adultos, adoptada em 26 de novembro de 1976, os Estados estão convencidos de que "a educação de adultos como parte integrante educação continuada pode contribuir decisivamente para o desenvolvimento económico e cultural, o progresso social e da paz no mundo, e o desenvolvimento dos sistemas de ensino.”

No seu artigo 4.a, esta recomendação insta os Estados a:

“reconhecer que a educação de adultos é uma componente necessária e específica do seu sistema de ensino e um elemento constitutivo permanente da sua política de desenvolvimento social, cultural e económica; portanto, deve promover a criação de estruturas, o desenvolvimento e execução de programas e da aplicação de métodos de ensino que atendam às necessidades e aspirações de todas as categorias de adultos, sem restrições, por razões de sexo, raça, origem geográfica, idade, status social, opiniões, crenças ou nível de instrução prévia.”

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, adoptada em 18 de Dezembro de 1979 e em vigor desde 03 de setembro de 1981, ratificada até agora por 186 Estados⁴⁵, no artigo 14-D, que é muito detalhada no que se refere à não-discriminação na educação, diz:

Os Estados-partes levarão em consideração os problemas específicos enfrentados pela mulher rural e o importante papel que desempenha na subsistência económica de sua família, incluído seu trabalho em setores não-monetários da economia, e tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a aplicação dos dispositivos desta Convenção a mulheres das zonas rurais: (...) d) Obter todos os tipos de educação e de formação, académica e não-académica, inclusive os relacionados à alfabetização

⁴⁵ Consultado en la página web <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

funcional, bem como, entre outros, os benefícios de todos os serviços comunitários e de extensão, a fim de aumentar sua capacidade técnica”

Por sua vez, a Convenção da UNESCO sobre Educação Técnica e Profissional, aprovada em 10 de novembro de 1989, em vigor desde 29 de agosto de 1991 e ratificada até agora por 17 estados, reconhece que "a educação técnica e profissional atenda a meta global de desenvolvimento dos indivíduos e das sociedades ". Consagra, em particular, não-discriminação ", a ser admitido no ensino técnico e profissional" (art. 2.3) e da cooperação internacional entre os Estados nestes termos, de acordo com o seu artigo 6.a, d. e e:

“incentivar a recolha e divulgação de informações sobre inovações, ideias e experiências de ensino técnico e profissional e participar activamente em programas de intercâmbio internacional de educação e formação de instrutores, métodos, padrões de equipamentos e livros didáticos em no campo da educação técnica e profissional; (...) Para incentivar os intercâmbios internacionais de professores, administradores e outros especialistas em educação técnica e profissional; dar aos alunos de outros países, particularmente os países em desenvolvimento, a possibilidade de ensino técnico e profissional em suas instituições, tendo em vista, nomeadamente, a facilitar o estudo, aquisição, adaptação, transferência e a aplicação da tecnologia.”

No que diz respeito à Convenção sobre os Direitos da Criança, além de artigos 28 e 29 já mencionado anteriormente nesta discussão, outros artigos de o acordo com o direito à educação. O artigo 14 refere-se ao respeito pelo Estado de "direito da criança à liberdade de pensamento, consciência e religião"

Embora o artigo 18 da Convenção refere-se à responsabilidade dos pais para "educar" e "garantir" o desenvolvimento de seus filhos em "melhores interesses" dos mesmos, obriga os Estados a ajudar os pais ou representante crianças legais para assumir a responsabilidade (instituição, especialmente centros e serviços)

Quanto ao artigo 30, que diz:

“Nos Estados Partes onde existam minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, ou pessoas de origem indígena, não será negado a uma criança que pertença a tais minorias ou que seja indígena o direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma.”

Na Declaração sobre os Direitos das Pessoas pertencentes a Minorias Étnicas, Religiosas e Linguísticas aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de Dezembro de 1992, na resolução 47/135, artigo 2.1. os Estados reconhecem o direito das minorias (nacionais e étnicas, religiosas e linguísticas) a: "sua própria vida cultural, professar e praticar a sua própria religião e usar sua própria língua, em privado e em público, livremente e sem interferência ou discriminação de qualquer tipo."

Por outro lado, os artigos 4.2 e 4.3 na presente Declaração, os Estados comprometem-se, entre outras coisas, a tomar medidas para:

"Criar condições favoráveis para que as pessoas pertencentes a minorias para expressar suas características e desenvolver a sua cultura, língua, religião, tradições e costumes, (...) aprender a sua língua materna ou de receber instrução em sua língua nativa".

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada em 13 de Dezembro de 2006 e em vigor desde 03 de maio de 2008, prevê no seu artigo 24 o seguinte:

"Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida (...)"

A Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 02 de outubro de 2007 pela Resolução 61/295 reconhece o direito dos povos indígenas à autodeterminação. Nos termos desta lei, estes "determinam livremente sua condição política e perseguem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural." (art. 3).

Eles também têm o direito, de acordo com o artigo 4.a "autonomia ou auto-governo nas questões relacionadas com seus assuntos internos e locais, assim como aos meios para financiar suas funções autônomas."

Esta declaração estabelece, no artigo 14.3, além que:

“Os Estados adotarão medidas eficazes, em conjunto com os povos indígenas, para que as pessoas indígenas, particularmente as crianças, incluindo as que vivem fora de suas comunidades, tenham acesso, quando possível, à educação em sua própria cultura e sua próprio idioma.”

Paralelamente foram proferidas várias convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho, OIT, relativa à educação e/ou formação profissional. Incluindo os que são de importância superlativa para o nosso tema específico, são:

Convenção 88 do Serviço de Emprego da OIT, aprovada em 09 de junho de 1948 e em vigor desde 10 de agosto de 1950 e ratificada até agora por 86 Estados, indica que o serviço de emprego deve ajudar os trabalhadores desempregados para obter " uma formação ou readaptação profissional " (art. 6.ai).

Convenção número 140 da OIT relativa à licença remunerada para estudos, aprovada em 24 de junho de 1974 e em vigor desde 23 de setembro de 1976, ratificada até agora por 34 Estados, prevê, no artigo 2: "a concessão de licença remunerada para formação profissional em todos os níveis; educação geral, social e cívica e sindical"

O Convenção número 142 da OIT sobre orientação profissional e da formação profissional no desenvolvimento dos recursos humanos, adotada em 23 de Junho de 1975, em vigor desde 19 de junho de 1977 e ratificada até agora por 66 estados, afirma no artigo 1 ° que um Estado-Membro deve:

“Adotar e implementar políticas e programas completos e coordenados, em matéria de orientação e formação profissional, estabelecendo uma relação estreita entre este campo e de emprego, em particular através dos serviços públicos de emprego.”
(OIT, 1977)

Por sua vez, a maior parte das declarações adotadas em diversas cimeiras da ONU também se comprometem aos Estados para trabalhar na implementação do direito à educação. Entre eles, destacam-se pela sua relevância:

A Conferência Mundial sobre Educação para Todos, realizada em Jomtien, Tailândia, de 5 a 9 de março de 1990, recorda que "a educação é um direito

fundamental de todos os homens e mulheres de todas as idades e em todo o mundo" e é definido como objectivo principal a "educação primária universal (ou qualquer outro nível de ensino superior considerado como "fundamental "até o ano 2000)"⁴⁶

Este compromisso não foi cumprido e foi adiada para 2015.

Também não se pode garantir que este compromisso seja cumprido em 2015, porque não houve alterações substanciais de direção nas políticas econômicas para reduzir a pobreza e a desigualdade.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena de 14 a 25 junho de 1993, reitera:

“os Estados estão vinculados a garantir que a educação se destine a reforçar o respeito pelos Direitos Humanos e liberdades fundamentais. (...)A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos realça a importância de incluir a questão dos Direitos Humanos nos programas de educação e apela aos Estados para o fazerem. A educação deverá promover a compreensão, a tolerância, a paz e as relações amistosas entre as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, e encorajar o desenvolvimento de atividades das Nações Unidas na prossecução destes objetivos.(...) A educação em matéria de Direitos Humanos deverá incluir a paz, a democracia, o desenvolvimento e a justiça social, conforme definidos nos instrumentos internacionais e regionais de Direitos Humanos, a fim de alcançar uma compreensão e uma consciencialização comuns, que permitam reforçar o compromisso universal em favor dos Direitos Humanos.” (Declaração de Viena e Programa de Ação, § 33 da Parte 1 e § 80 da Parte 2)

A partir daí, os Estados presentes na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, realizada em Copenhague de 6 a 12 Março de 1995, na Declaração e Programa de Acção de Copenhague, § 36.a), prevêem⁴⁷: “alcançar a educação primária universal em todos os países até 2015" e no sexto compromisso da mesma declaração, prometerem "para promover e atingir as metas de acesso universal e equitativo à educação de qualidade.” Eles também afirmam, em seu segundo compromisso A.c):

“Asseguraremos aos que vivem em pobreza o acesso a meios de produção, tais como o crédito, a terra, a educação e a formação, a tecnologia, os conhecimentos e a informação, e os serviços relativos a um enquadramento político e regulamentar que lhes permita aproveitar as crescentes oportunidades económicas e de emprego”

⁴⁶ UNESCO, Preâmbulo (§ 7) y Cuadro de Acción núm. 3, §8(2), consultada en la página web www.unesco.org/education/nfsunesco/pdf/JOMTIE_F.PDF

⁴⁷ Consultada en la página www.un.org/documents/ga/conf166

Com a adoção do "Quadro de Acção de Dakar", os Estados reunidos no Fórum Mundial de Educação realizado em Dakar, Senegal, 20-28 Abril de 2000, no § 7.(ii), eles se comprometeram "para atingir colectivamente os seguintes objectivos: (...) garantir que até 2015 todas as crianças, e especialmente as meninas e crianças em situações difíceis, tenham acesso à educação primária gratuita e obrigatória de boa qualidade e acabamento"⁴⁸.

Em quanto aos Objectivos do Desenvolvimento do Milénio⁴⁹, adoptados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 8 de setembro de 2000, em seu objectivo 3, queria "garantir que, até 2015, todas as crianças terminem um ciclo completo de ensino primário". Tudo indica que as metas deste prazo não foram cumpridas, dado o fracasso (especialmente pela falta de um compromisso político real) na luta contra a pobreza, o principal objectivo do milénio, e as múltiplas crises que estão em andamento (alimentos, ambiental, económica, social, política, etc ...).

1.2.1.3 Normatividade ao nível regional

A. Europa

De acordo com o artigo 2 do Primeiro Protocolo Adicional à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1952)⁵⁰ "A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas."

⁴⁸ Consultado en dirección electrónica <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001211/121147S.pdf>

⁴⁹ Consultado en dirección electrónica www.un.org/spanish/millenniumgoals/education.shtml

⁵⁰ www.echr.coe.int/NR/ronlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf

Através do artigo 17.2 da Carta Social Europeia (1961, revista em 1996)⁵¹, os Estados Partes comprometem-se "a garantir às crianças e adolescentes de um ensino primário e secundário livres, bem como para encorajar a frequência escolar regular."

Eles também se comprometem em seu artigo 15.1:

"A tomar medidas apropriadas para a colocação das pessoas fisicamente diminuídas, nomeadamente através de serviços especializados de colocação, de possibilidade de emprego protegido e de medidas adequadas a encorajar as entidades patronais a empregar pessoas fisicamente diminuídas."

A Carta Europeia das Línguas Regionais ou Minoritárias (1992)⁵² prevê, nomeadamente, para o ensino em línguas em todos os níveis: pré-escolar, primário, secundário, universitário, técnico e formação profissional. (art. 8)

Com a adoção da Convenção-Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais (1995)⁵³, em seus Artigos 10 a 14, os Estados europeus se comprometem, nomeadamente para:

"Reconhecer a qualquer pessoa pertencente a uma minoria nacional" (individual e coletivamente), o direito de utilizar a sua língua (em público ou em privado, oralmente e por escrito), de aprender a sua língua, a criação e gestão de centros privados de educação e formação. Eles também se comprometem a tomar medidas para a formação de professores e acesso a livros didáticos; para promover o "conhecimento da cultura, história, língua e religião das suas minorias nacionais e da maioria." .

B. África:

O artigo 17 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981⁵⁴ diz o seguinte:

"(1) Toda a pessoa tem direito à educação (2) Toda a pessoa pode participar livremente na vida cultural de sua comunidade. (3) A promoção ea protecção da moral e dos valores tradicionais reconhecidos pela comunidade constituem um dever do Estado."

⁵¹ Consultada en la página web

www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ESCRBooklet/Spanish.pdf

⁵² Consultada en la página web www.coe.int/t/dg4/education/minlang/textcharter/Charter/Charter_es.pdf

⁵³ Consultada en la página web www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/1_atglance/PDF_Text_FCNM_es.pdf

⁵⁴ Consultada en la página web www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf

A Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança (1990) reconhece o direito de todas as crianças à educação no artigo 11 e insta no Artigo 20 aos Estados Partes, de acordo com seus meios e situação nacional, a tomar:

“todas as medidas apropriadas para: (a) para ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança e, em caso de necessidade, auxílio material e programas de apoio em particular no que respeita à alimentação, saúde, educação, vestuário e habitação; (b) para ajudar os pais e outros responsáveis pela criança no desempenho de criação de filhos e garantir o desenvolvimento das instituições responsáveis pela prestação de cuidados de crianças; (c) para garantir que as crianças de pais trabalhadores com cuidados são prestados serviços e instalações..”

O Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres em África, de 2003⁵⁵, em seu artigo 12.1.a. insta os Estados Partes a tomar "todas as medidas apropriadas para eliminar todas as formas de discriminação contra as mulheres e para garantir a igualdade de oportunidades e acesso a medidas de educação e formação.”

C. Américas:

Vários artigos da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), proclamada em 1948 e revisto pela última vez em 1983, são dedicados ao direito à educação e a questão da educação.

Os Estados Partes concordam que através do artigo 49 da Carta, assegura-se o exercício efectivo do direito à educação, observados os seguintes princípios:

“a) a) O ensino primário, obrigatório para a população em idade escolar, será estendido também a todas as outras pessoas a quem possa aproveitar. Quando ministrado pelo Estado, será gratuito; b) O ensino médio deverá ser estendido progressivamente, com critério de promoção social, à maior parte possível da população. Será diversificado de maneira que, sem prejuízo da formação geral dos educandos, atenda às necessidades do desenvolvimento de cada país; e c) A educação de grau superior será acessível a todos, desde que, a fim de manter seu alto nível, se cumpram as normas regulamentares ou académicas respectivas.”

⁵⁵ Consultada en la página web <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1297.pdf?view=1>

Além disso, de acordo com o artigo 50, os Estados-Membros:

“Os Estados membros dispensarão especial atenção à erradicação do analfabetismo, fortalecerão os sistemas de educação de adultos e de habilitação para o trabalho, assegurarão a toda a população o gozo dos bens da cultura e promoverão o emprego de todos os meios de divulgação para o cumprimento de tais propósitos.”

De acordo com o artigo 47 da Carta:

“Os Estados membros darão primordial importância, dentro dos seus planos de desenvolvimento, ao estímulo da educação, da ciência, da tecnologia e da cultura, orientadas no sentido do melhoramento integral da pessoa humana e como fundamento da democracia, da justiça social e do progresso.”

Da mesma forma, os Estados-Membros da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 26:

[...] Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

El artículo 1.3 del Protocolo Adicional de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1988) reproduce casi literalmente el artículo 13 del PIDESC (ya citado) dedicado al derecho a la educación.

2 JUSTICIABILIDADE DIREITO À EDUCAÇÃO: ASPECTOS TEÓRICOS E METODOLÓGICOS

2.1 EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

2.1.1 Contexto histórico breve

Os direitos sociais têm um significado diferente em cada um dos contextos históricos onde se levou a cabo a sua análise. Professor Rodolfo Arango a este respeito argumenta que:

No passado, eles foram privados do seu carácter direitos, e seu objeto considerado como uma mera aspiração. Hoje, o carácter fundamental dos direitos sociais como direitos subjetivos é reconhecido, e os seus reais benefícios positivos do objeto de Estado, incluindo alimentação, saúde, educação, trabalho, habitação e segurança social" (ARANGO, 2015, p. 1677)

Assim, no século XVIII, o bem-estar dos desamparados, crianças abandonadas, ou idosos desabrigados eram uma questão que foi uma responsabilidade pela instituição da família ou de caridade pública e privada na forma de direitos legais ou morais.

No século XIX, e os chamados "direitos sociais" só poderiam ser concebidos através das demandas levantadas nas lutas políticas e sociais, e que só puderam ser identificados para determinados grupos e indivíduos fechados, como os trabalhadores assalariados.

No século XX, o progresso foi representado no seu reconhecimento como metas ou objetivos sociais, cuja realização ou concretização estava sujeita à extensão das obrigações decorrentes das autoridades públicas contidas nas normas legais, de modo que não havia quase nenhuma possibilidade subjetiva para aplicá-las directamente perante os juízes.

Hoje, como vimos na exposição dos capítulos anteriores, os direitos sociais são considerados verdadeiros direitos humanos subjetivos ao nível internacional e direitos fundamentais em várias constituições nacionais.

Ele relata Arango, reforçando este ponto que a concepção anterior dos direitos sociais:

“[...] Foi ativamente contestada nacional e internacionalmente no final do século XX. Muitas constituições europeias e da América Latina e do Europa do Leste após a queda dos regimes militares e da dissolução da União Soviética, concedendo aos direitos sociais status jurídico equivalente aos direitos de liberdade. Formas constitucionais sucessivas na América Latina - Brasil (1988), Colômbia (1991), Peru (1993), Argentina (1994), Venezuela (1999), Equador (2008), Bolívia (2009) - e na Europa Oriental reconhecem implicitamente os direitos sociais fundamentais. Por seu lado, a Declaração e Programa de Acção de Viena (1993) exige uma interpretação dos direitos humanos de acordo com os princípios de universalidade, indivisibilidade e interdependência.” (ARANGO, 2015, p. 1682)

2.1.2 Natureza dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais

Desenhado o contexto histórico, é importante notar, assim como Victor Abramovich e Cristian Courtis, que o uso dos termos "económicos, sociais e culturais" (DESC) e "direitos sociais" pode ser interpretado como sinónimo, especialmente para os efeitos práticos deste capítulo.

Neste sentido, os professores Abramovich e Courtis dizem que:

“Os primeiros viriam do direito internacional dos direitos humanos, constituindo o nome que adotou a construção jurídica internacional, onde o devedor é o Estado. Os últimos, viriam sobre o direito constitucional e da matriz disciplinar do direito social, o qual os devedores também vêm são os indivíduos. (ABRAMOVICH Y COURTIS, 2002, p 25).

Reafirmando o postulado, o Professor Comparato em seu trabalho *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, destaca a origem dos direitos sociais como direitos humanos, determinando em sua concretude a mesma percepção do princípio da dignidade humana, quando ele diz que:

“com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados direitos sociais, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente. Os direitos sociais englobam, de um lado, o direito ao trabalho e os diferentes direitos do trabalhador assalariado; de outro lado, o direito à seguridade social (saúde, previdência e

assistência social), o direito à educação; e de modo geral, como se diz no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (art. 11), “o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida”. (COMPARATO, 2010, p. 65)

Nesta declaração, nós também podemos citar o Mestre da Universidade de Turim, Norberto Bobbio, quando diz que:

" A razão de ser dos direitos sociais, como a educação, o direito ao trabalho, o direito à saúde, é uma razão de igualdade. Todos os três tendem a fazer menos grande desigualdade entre os que têm e os que não têm, ou para colocar um maior número de indivíduos sempre condições menos desiguais sobre indivíduos mais sortudo por nascimento ou condição social." (BOBBIO, 1962, p.353)

Neste sentido, a realização dos direitos sociais pode ser interpretado como uma garantia de sociedades mais justas e eqüitativas, dada a sua ordem axiológica se destina a minimizar a lacuna de desigualdade material.

Mesmo John Rawls, em sua Teoria da Justiça, sugere que:

“Como lidar com as desigualdades sociais com o objectivo de alcançar a igualdade material, é a aplicação da discriminação positiva, ou seja, que estabelece outras desigualdades que equilibram a vulnerabilidade dos sujeitos. Esta discriminação positiva teria como objetivo abordar os direitos sociais daqueles que não têm os meios econômicos para fazê-lo por conta própria” (RAWLS 1971, *apud* VALBUENA, 2006, p.8)

Nesta base, os direitos económicos, sociais e culturais não são mais postulados normativos e tornar-se normas que medem a justiça social. Para a melodia de Professor Luciano Oliveira e parafraseando o ex-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos Antônio Augusto Cançado Trindade, em particular reforça de uma forma quase lírica, este aspecto:

“De que vale o direito a vida sem o provimento de condições mínimas de uma existência digna? De que vale o direito a liberdade de locomoção sem o direito a moradia adequada? De que vale o direito a liberdade de expressão sem o acesso à instrução e educação básica? De que valem os direitos políticos sem o direito ao trabalho? De que vale o direito ao trabalho sem um salário justo, capaz de atender as necessidades humanas básicas?” (OLIVEIRA, 2002, p. 155)

O próprio Ronald Dworkin lembra, reforçando este novo paradigma:

“[...] a proposição que descreve uma lei é um argumento de princípio. Este é um parâmetro que exige aplicação devido a uma exigência de equidade, justiça ou qualquer outra dimensão da moral, independentemente de qualquer circunstância para favorecer ou prejudicar a realização de um objetivo coletivo de aspecto econômico, político ou social. (DWORKIN, 1977, p. 91)

Isso não significa que os direitos são absolutos no sentido de que, para ter sucesso, deve sempre enfrentar qualquer situação ou contexto. No entanto, é notável que quando são direitos por parte do Estado, o peso que tais prerrogativas assumem face a face com outros objectivos políticos é particularmente forte.

Dworkin só consegue propor três cenários em que um direito dessa natureza poderia sofrer uma limitação:

“[...] Quando for demonstrado que os valores protegidos pela lei não são realmente ameaçada; quando esse direito pode prejudicar o exercício de outros direitos de igual importância; ou, finalmente, quando a sua realização é capaz de gerar um custo elevado e totalmente excepcional para a comunidade” (DWORKIN, 1997, p. 200)

Isto é, quando os direitos humanos estão em jogo, a presunção é por causa de sua prevalência em considerações de outra ordem. Esta própria constatação equivale a um princípio sem o qual não se pode compreender a prática política de uma comunidade que decidiu incorporar seriamente o ideal dos direitos humanos.

2.1.3 A exigibilidade política dos Direitos Sociais, Económicos e Culturais.

No entanto, para fins doutrinários, é importante ressaltar que, em matéria de direitos sociais, a prestação positiva é maior respeito à dimensão negativa, pelo que

apresenta problemas metodológicos especiais que devem ser especificamente tratados e resolvidos para garantir a sua realização prática.

Por isso, e de acordo com apenas um análise muito superficial, a consideração que a totalidade dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais podem ser subtraídos do conhecimento dos tribunais judiciais ou das entidades quase-judiciais seria arbitrária e inconsistente com os princípios da indivisibilidade e interdependência, inerentes à teoria dos direitos humanos. Além disso, expõe aos grupos materialmente mais vulneráveis (que estão longe de ser uma minoria na escala global) em uma situação de grande vulnerabilidade e fragilidade.

Nesta matéria, Arango marcou:

“Dada a complexidade do seu desenvolvimento histórico, os direitos sociais foram capturados em um duplo significado: para alguns, são verdadeiros direitos universais - tais como o direito a um mínimo social (vital, existencial) - igualmente importantes que os direitos fundamentais de defesa; para outros, os detentores podem ser os nacionais, que por sua situação objectiva de suas necessidades são protegidos pela comunidade política, particularmente pelas disposições da uma lei geral. No primeiro caso, os direitos sociais são universais; no segundo, os titulares dos benefícios legais são os membros da sociedade nacional, que exclui pessoas de fora ou pessoas que podem atender às suas necessidades. Pelo significado divergente e escopo reconhecido os direitos sociais requer um estudo mais aprofundado do seu conceito, fundação e aplicabilidade.” (Arango, 2015, p.1682)

Como resposta a estas considerações e tentando superar as lacunas teóricas e legais com os quais a dogmática clássica prejudicaram a indivisibilidade dos direitos humanos, o professor colombiano Rodolfo Arango em seu livro "O conceito de direitos sociais fundamentais", considera os direitos sociais como direitos subjetivos que possam ser considerados fundamentais e caracterizados dentro do conceito de:

“[...] poder legal reconhecido a um indivíduo por meio de uma lei, para perseguir seus próprios interesses, exigindo a outro para permitir ou omitir algo, deixando sem chão assim a classificação de direitos e liberdades como direitos negativos, porque é injustificada, incompleta e enganosa” (ARANGO, 2005, p.181)

De acordo com o autor mencionado:

“Os direitos sociais apresentam grandes desafios em termos de exigibilidade. Isso ocorre porque as dificuldades conceituais, estruturais e de fundamentação dos direitos sociais implicam dificuldades e uma fase confusa, onde não é raro, a negação de sua realização prática. Isto é especialmente verdadeiro como os direitos humanos e sociais fundamentais que necessitam requisitos complexos para sua execução: o que não acontece com os direitos sociais colectivos cujas obrigações positivas foram determinadas pelo legislador. No que se refere aos direitos humanos e sociais fundamentais - alimentação, saúde, educação, habitação, segurança social e trabalho - é necessário distinguir dois tipos diferentes de exigibilidade: política e jurídica, esta última também chamada justiciabilidade” (ARANGO, 2015, p. 1698).

O reconhecimento dos direitos sociais, humanos e fundamentais tem sido uma conquista lenta, mas segura na dialética histórica do século passado, em paralelo com o discurso e a prática dos direitos em geral. Embora se possa argumentar, como faz Arango que "a luta pelo respeito dos direitos sociais tem sido por ideologizar a sua compreensão e universalizar o seu reconhecimento efectivo" (ARANGO, 2015 p.1698)

Depois de identificar os direitos sociais com reivindicações sectoriais ou em grupo, especialmente a classe trabalhadora, no início do século XX, um século mais tarde, os direitos sociais fazem parte integrante, não só das constituições políticas dos países socialistas ou aquelas adotadas no âmbito do modelo do Estado de direito; também estão presentes em as declarações e convenções ou acordos internacionais sobre direitos humanos. Este é o resultado de exigências ou demandas coletivas e mobilização popular em defesa do reconhecimento pleno dos direitos humanos na sua totalidade.

A este respeito, o professor Rodolfo Arango, disse:

“A experiência de ações coordenadas de teóricos, ativistas de direitos humanos, juízes e tribunais sensíveis para o desenvolvimento do constitucionalismo e do direito internacional dos direitos humanos levou à convicção de que sem a mobilização ativa das organizações sociais e associações cívicas, o progresso político para a garantia e o pleno gozo dos direitos sociais não teria sido possível. Portanto, a exigibilidade política requer um trabalho constante de avaliar experiências comparativas, de lobby político, de desenvolvimento doutrinário, decisões macroeconômicas, acordos internacionais e litígio internacional para alcançar o pleno exercício dos direitos sociais como verdadeiros direitos humanos e fundamentais.” (ARANGO, 2015, p.1699)

Um exemplo claro de exigibilidade política constituem os relatórios alternativos apresentados pela sociedade civil ao Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais

no controlo da observância das obrigações internacionais dos Estados partes do PIDESC.

A participação das organizações da sociedade civil na formulação, concepção e monitoramento de políticas públicas nesta área permitem a exigência da responsabilidade política aos Estados perante a comunidade internacional pelas ações públicas e omissões que ignoram os padrões de protecção e garantias internacionais, descritas no primeiro capítulo desta dissertação.

2.1.4 A Justiciabilidade dos Direitos Sociais, Económicos e Culturais

A exigibilidade jurídica ou justiciabilidade⁵⁶ dos direitos sociais é "talvez dos mais difíceis desafios dos direitos humanos e sociais fundamentais hoje." (ARANGO, 2015, p.1699).

A complexidade dos problemas conceituais, interpretativos e institucionais não foi resolvido inteiramente, seja na teoria ou na prática. Arango destaca:

"A situação em vez de desencorajar os seus apoiantes, levantou um desafio de grande apelo e importância: a possibilidade efetiva de um mínimo de justiça para assegurar a estabilidade das sociedades que buscam garantir a paz por meio do direito, em particular através do modelo do Estado Social, constitucional e democrático e dos sistemas nacionais, regionais e universais para a protecção dos direitos humanos." (ARANGO, 2015 ,p. 1699)

Justiciabilidade dos direitos humanos pode ser definida como: "a possibilidade de ser invocados [os direitos humanos] perante o Poder Judiciário (ou outro órgão com funções semelhantes) e aplicado pelos juízes em favor de seus titulares" (SHEININ, 2001, p.29).

Resumindo, em seguida, os princípios formulados pelo Professor Rodolfo Arango nos dois parágrafos anteriores, a noção ampla de exigibilidade tem duas dimensões: a exigibilidade política e justiciabilidade.

⁵⁶ Nem o dicionário da Real Academia da Língua Espanhola (RAE), nem o da Academia Brasileira de Letras (ABL) contem o substantivo "justiciabilidade". No entanto, em ambos, a palavra "justiciable" é definida como um adjetivo, e disse de certos fatos, que podem ou devem ser submetidas à ação dos tribunais.

Estas dimensões importam conceitos diferentes, que são inseparáveis na prática, uma vez que apenas se referem ao mesmo fenómeno.

Grosso modo e, em seguida, a fim de delinear os conceitos e não levar a uma confusão, quando falamos de exigibilidade política significa a possibilidade de instalar demandas através da acção colectiva e baseia-se no quadro institucional para transformar, dando uma nova legitimidade.

A **Justiciabilidade** é a capacidade de processar judicialmente a restituição de uma violação de um direito e é baseado em um sistema jurídico, incluindo os órgãos judiciais e administrativos.

2.1.5 Problemas reais e mitos sobre a exigibilidade e justiciabilidade dos Direitos Sociais, Económicos e Culturais.

Apesar do exposto acima, dentro da dialéctica jurídica, nacional e internacionalmente, há o mito da falta de aplicabilidade dos direitos sociais, por muitas razões. O Professor Jaime Ordoñez a este respeito afirma que:

“Os direitos sociais envolvem cuidados essenciais dos mais desfavorecidos economicamente, por isso, é mencionado que a promoção está no campo das políticas económicas e as políticas sociais. O problema da implementação dos direitos sociais está, então, ligado a recursos estatais, que em muitos casos são limitados, por isso estima-se que o conceito de realização progressiva implica a inexigibilidade dessas práticas. (ORDOÑEZ, 2002, p. 100-101)

Ou seja, a interpretação generalizada diferencial propôs que a natureza progressiva das obrigações assumidas pelos Estados (respeito – proteção - fazer) em tratados sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais levou a argumentar que eles sofrem de falta de justiciabilidade, isto é, que não seria exequíveis em os tribunais.

Esta não é, naturalmente, a conclusão que deve ser alcançada. Na verdade, parece completamente irrazoável imaginar que as regras que protegem esses direitos não têm força vinculativa ou, na sua ausência, difere seu cumprimento, com o que determina-se um futuro incerto cheio de exigências, algumas vezes inatingíveis.

Este cenário também indica uma contradição teórica e normativa, uma vez que, em teoria, é reconhecido e reafirmado por unanimidade, a indivisibilidade de todos os direitos humanos, mas, na prática, a maior parte dos Direitos Econômicos e Sociais e Culturais são tratados como direitos de segunda classe, enquanto aos Direitos Cíveis e Políticos são consideradas perfeitas porque só eles geram privilégios para os indivíduos e as obrigações para o Estado, e, portanto, podem ser justiciáveis.

Assim, de acordo com o professor Joaquín Mejía:

"[...] Mesmo quando a OEA tem repetidamente afirmado a importância do conceito de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, ainda há uma tendência por parte de alguns governos, organizações internacionais e outros actores para dar prioridade aos Direitos Cíveis e Políticos sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e para permitir que os últimos permaneçam em grande parte ignoradas." (MEJÍA, 2003, p. 60)

Na obra já referenciada "Os direitos sociais como direitos exigíveis", o duo argentino Abramovich e Courtis destacam:

"[...] a plausível falta de fundamento empírico desses argumentos são detectados através de exemplos, que tanto os direitos cíveis e políticos, bem como sociais, econômicos e culturais incluem expectativas positivas e negativas por parte dos Estados. Como não existe diferença de estrutura entre direitos cíveis e políticos e direitos sociais, estes últimos seriam direitos justiciáveis, puníveis e / ou reparáveis." (ABRAMOVICH Y COURTIS, 2002, p 25, *apud* VALBUENA 2006, p. 15)

Segundo os autores argentinos, em relação à sua diferença específica, os direitos sociais são direitos subjetivos da ação positiva factual pelo Estado. Ao contrário dos direitos negativos ou de abstenção, os direitos prestacionais tem como objeto uma carga positiva do devedor. Portanto, todo o direito tem dimensões positivas e negativas.

Agora, o debate sobre a justiciabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais sempre foi cercada por um véu de escuridão. Aqueles que fizeram, assumiram duas posições extremas praticamente inabaláveis que podemos chamar da seguinte forma de acordo com a Comissão Económica das Nações Unidas para a América Latina eo Caribe, CEPAL: "a. Legitimidade democrática e b. Inecuación processual" (CEPAL, 2004, p. 12):

- a. **Legitimidade democrática:** Esta posição propõe que os direitos sociais são muito indeterminados: Por exemplo, os acordos internacionais sobre o assunto indicam que as pessoas têm o direito à saúde, mas não precisa até que nível. Portanto, nem todas as formas possíveis de cuidados seriam universais, uma vez que os recursos são escassos e as necessidades são praticamente infinitas. Assim, não está clara a extensão da obrigação do Estado correlativo a certos direitos, ou seja, seu conteúdo obrigacional. Da mesma forma é o problema da gestão dos recursos: deve investir em educação ou saúde? alimentação ou habitação? Portanto, a regulamentação, o cumprimento de conformidade e alocação de recursos para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são decisões do processo político e legislativo, e não de juízes. Neste sentido, a definição do âmbito de aplicação das regras e alocação de recursos não são uma questão judicial.

Sobre esta posição que controverte a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, ilustra o Professor Rodolfo Arango, quem chama-lhe "objeção cognitiva" e a estrutura da seguinte forma:

“A objeção cognitiva argumenta que não é possível saber quando um direito social, humano ou fundamental é violado, uma vez que o grau de indeterminação dos seus componentes impeça saber quem viola o direito (por exemplo a família, o Estado ou a comunidade internacional), ou quando o direito, por exemplo, em termos de qualidade ou quantidade de alimento que requer aqueles que não têm comida para sobreviver com dignidade é violada. Consequentemente, a violação dos direitos fundamentais de liberdade a ação do Estado é claramente reconhecível e verificável, não sendo o caso para a violação dos direitos sociais por omissão. Saliceto como a máxima diz: "de nada, nada segue." De acordo com a abordagem acima, os direitos de liberdade são anteriores ao Estado e para o seu gozo efectivo é simplesmente exigir que o Estado não interfira com órbita protegida por eles, enquanto o custo para sua proteção é zero. Este não é o caso dos direitos sociais, cujo reconhecimento implica a existência do Estado e, portanto, custam muito. Em suma, de acordo com a objeção epistêmica não é possível estabelecer empiricamente a violação de um direito social, humano ou fundamental.” (ARANGO, 2015, p. 1701).

- b. **A inadequação processual:** Ele afirma que o processo judicial é uma má maneira de resolver disputas de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, embora seja relevante e eficaz para resolver disputas sobre os direitos civis e políticos. Os sistemas judiciais em quase todo os país latino-americano, tornam

difícil tomar decisões adequadas de direitos sociais por diversas razões, segundo a CEPAL:

“Tem questões de legitimidade porque é difícil saber quem são os atores relevantes em relação a um problema específico, como a educação. Além disso, o processo judicial, com o objetivo de definir um vencedor e um perdedor, não é sempre o mais adequado para resolver questões complexas de direitos sociais, em que há muitos interesses concorrentes. Além disso, há muitas dificuldades para que as ordens judiciais sejam executadas depois de resolver litígios de direitos sociais. (CEPAL, 2004, p. 12)

Professor Rodolfo Arango, para discernir esta posição fala de uma "objeção metodológica" e uma "objeção funcional", que, em nossa opinião, poderia ser resumido na posição mencionada "inadequação processual". Resumindo a abordagem do autor em sua "objeção metodológica", salienta que:

“[...] a alegada falta de procedimentos objetivos e critérios racionais para decidir sobre a violação dos direitos sociais humanos e fundamentais. Em contraste com os direitos de liberdade, que contariam com métodos para estabelecer sua violação, para os detratores de direitos humanos e sociais-los direitos sociais fundamentais não teriam instrumentos para reconstruir de forma racional e objetiva as decisões certas sem ignorar os direitos de terceiros (tais como propriedade) ou as decisões princípio democrático.” (ARANGO, 2015, p. 1701)

Da mesma forma, o que nosso autor chama "objeção funcional", afirma que, a justiciabilidade rompe com o princípio da divisão de poderes e quebraria o equilíbrio funcional entre os ramos do poder público:

“Objeção funcional refere-se à ideia de que se os juízes garantissem judicialmente os direitos sociais e humanos fundamentais o Estado de direito democrático seria desconhecido e abriria a porta a um Estado judicial, caracterizado pela arbitrariedade no reconhecimento de benefícios positivos para alguns e sua negação para outros. Isso ocorre porque a indeterminação desses direitos combinado com a falta de métodos para o seu controle, justiça seletiva ou casuista, iria explodir os princípios da liberdade, propriedade e igualdade tão caros à tradição democrática de direito.” (ARANGO, 2015, p. 1702)

Segundo o professor Rodolfo Arango, essas objeções pode ser combatida através de um processo estratégico que podem ser resumidas como segue:

“Em primeiro lugar, através de uma adequada conceptualização e estruturação dos direitos sociais; Em segundo lugar, reconhecendo a progressiva internacionalização do direito constitucional nos diferentes países; em terceiro lugar, com a constitucionalização do direito comum e internacional; Em quarto lugar, atendendo à interpretação abrangente e progressiva dos direitos humanos e fundamentais; quinto, não

rejeitando o desenvolvimento de uma doutrina internacional exuberante e extensa dos direitos sociais comparados." (ARANGO, 2015, p. 1702)

Neste ponto, é preciso lembrar que tudo direito é uma relação estabelecida por seres humanos, pelo que gera ações positivas e negativas para sua efetiva implementação. Até os direitos de defesa ou a abstenção envolvem custos económicos para que sejam garantidos na prática, por isso é ingênuo pensar que só com a abstenção de interferência nas áreas da liberdade, para garantir esta categoria de direitos.

Da mesma forma, é um mito comum que os direitos clássicos de liberdade ou defesa têm prioridade sobre os direitos sociais quando se apresenta uma avaliação do risco de infracção. Os juízes devem, no seu exercício verificar se as interações humanas por ação ou omissão violam os direitos humanos e fundamentais, independentemente do conteúdo dos seus prestações, adquirir e possuir conhecimentos e as ferramentas epistêmica necessárias. Em outras palavras, a cultura jurídica do juiz é essencial para que este exercício seja bem sucedido.

Desta forma, e de acordo com o professor Arango, a premissa de conceber a omissão como um conceito mecânico, "[...] "é o calcanhar de Aquiles das objeções mencionadas. De acordo com o autor: "[...] É possível desenhar conclusões normativas a partir de omissões de ações determináveis e esperadas. Isto é especialmente importante no caso dos direitos sociais fundamentais." (ARANGO, 2015, p. 1703).

Nesta linha de argumentação, o nosso autor enfatiza que:

A existência de uma ampla doutrina internacional – Observações efectuadas por organismos internacionais, como o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, confirma que o conhecimento em violação das normas e padrões universais nesta área não é aleatória e impossível. (ARANGO, 2015, p. 1703).

No que tem a ver com a resposta à objeção funcional, é necessário estabelecer uma distinção clara entre as funções legislativas e funções judiciais para evitar a falência dos princípios fundamentais do Estado Social de Direito.

No entanto, deve notar-se, parafraseando a Rodolfo Arango que "[...] no caso de direitos sociais humanos e fundamentais, a metodologia para estabelecer se uma

omissão ou ação é deficiente ou inadequada, ainda está em construção [...]" (ARANGO, 2015, p. 1703), pelo que as medidas judiciais tomadas para proteger os "direitos sociais fundamentais e humanos [...] podem ser altamente complexas e diversificadas dada a variedade de direitos em jogo (ARANGO, 2015, p. 1703).

Por esta razão e, como veremos a seguir, a jurisprudência dos Estados é multifacetada, multiforme ou como se refere nosso autor:

"Adota a jurisprudência constitucional neste caso, com base no princípio de que os Estados só são obrigados na medida do possível, as decisões com efeitos diferentes: Sentenças interpretativas, adiadas, condicionais. Mesmo no caso do estado de coisas inconstitucional, a jurisprudência constitucional emitiu ordens gerais e estruturais para reforçar ações complexas e coordenadas de várias instituições estatais necessárias para satisfazer um direito social" (ARANGO, 2015, p. 1703).

2.2 A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCACIÓN

2.2.1 Fundamentação Teórica

Em conformidade com as resoluções 04/08 e 17/3 do Conselho de Direitos Humanos e com o relatório inicial do Relator Especial (A / HRC / 17/29 e Corr.1), a justiciabilidade do direito à educação é mencionado como um dos temas de grande importância no contexto global e que, sem demora, pretende abordar durante seu mandato.

Nesse sentido, no âmbito da vigésima terceira sessão do Conselho de Direitos Humanos, dedicado a "promoção e protecção de todos os direitos humanos civis, políticos, sociais, económicos e culturais, incluindo o direito ao desenvolvimento, é apresentado o relatório /HRC/23/35 do relator especial sobre o direito à educação, Kishore Singh sobre a justiciabilidade do direito à educação⁵⁷.

A estrutura do relatório, grosso modo, encaminha o análise das questões para a eficácia do direito à educação e os mecanismos judiciais e quase judiciais. Os paradigmas da jurisprudência existente a nível nacional, regional e internacional, com particular relevância para alguns aspectos fundamentais do direito à educação são

⁵⁷ Consultado en la dirección electrónica http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/23/35&referer=/english/&Lang=E en noviembre de 2015

expostos posteriormente. O relatório conclui com recomendações para tornar mais eficaz a justiciabilidade e a implementação do direito à educação.

Para el Relator:

"O direito à educação tende a ser menos acessível para aqueles que mais precisam, ou seja, grupos desfavorecidos e marginalizados, especialmente as crianças de famílias pobres. Portanto, a sua eficácia deve ser imposta em caso de infração ou violação, o que pode ocorrer por vários motivos e deve ser uma preocupação de todas as instituições educacionais. A educação primária não é ensinada em todo o mundo, apesar do fato de que é uma obrigação básica dos Estados. O direito à educação também inclui ensino secundário e superior, e sua eficácia deve ser feita gradualmente, quando isso não for possível imediatamente. Os princípios fundamentais da não-discriminação e da igualdade de oportunidades na educação devem ser respeitados em todas as circunstâncias, e o ensino deve ser de qualidade. Todas as escolas, pública ou privada, têm a responsabilidade de respeitar o direito à educação nas suas diversas facetas" (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 2,)

A este respeito, o Relator Especial enfatiza sobre o importante função das decisões judiciais para concretizar o direito à educação e assegurar seu cumprimento. Considera que é importante uma melhoria do acesso à justiça para todas as pessoas cujo direito à educação não está totalmente protegido e respeitado.

Para o Relator Singh "A protecção jurídica do direito à educação é baseado nas leis e normas nacionais, regionais e internacionais e as obrigações que estas últimas impõem ao Estado." (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 2,).

Assim, as políticas governamentais e regulamentos em matéria de educação, tanto públicos como privados, estão sujeitas a revisão e a decisão dos órgãos judiciais e quasi-judiciais.

Portanto:

"As resoluções judiciais garantem que o direito à educação, como um direito reconhecido internacionalmente nos termos de numerosos tratados e leis, respeite-se, proteja-se e cumpra-se. Seus princípios mais básicos, a saber, a educação primária gratuita e obrigatória para todos, a introdução progressiva do ensino secundário e superior, e aplicação não-discriminatória, são universalmente reconhecidos." (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O

DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 13)

Relator continua argumentando que os Estados Partes tratados internacionais de direitos humanos têm a obrigação legal de dar execução a cada um deles na sua ordem jurídica interna, apesar da força normativa limitada de alguns instrumentos. Lembre-se que as recomendações ou declarações não são instrumentos juridicamente vinculativos. Eles expressam a força moral e compromisso político. No entanto, os Estados-Membros que os adotam devem tomar medidas para controlá-los através de políticas públicas, ou mover para a sua realização através do desenvolvimento de leis nacionais.

De esta maneira, tal como lo resalta el señor Relator:

“As constituições e as leis devem estabelecer o direito à educação de acordo com as obrigações dos Estados decorrentes aqueles tratados 17. Quando o direito instituído é parte de uma convenção devidamente ratificada ou incorporadas no ordenamento jurídico de um Estado, as pessoas podem usar todos os meios legais disponíveis para garantir que este seja eficaz, por meio de recurso perante os tribunais. Os direitos consagrados na Convenção devem ser capazes de ser invocados diretamente perante os tribunais e as autoridades nacionais devem torná-los eficazes; Além disso, a Convenção deverá prevalecer quando há um conflito com o direito nacional ou uma prática comum.” (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 21)

A este respeito, as orientações para a preparação dos relatórios que os Estados devem submeter aos corpos de tratados de direitos humanos afirmam que estes relatórios devem indicar em que medida o direito à educação, abrangidos pelas convenções internacionais sobre direitos humanos, é refletido na Constituição e as leis do país em questão. (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 21)

É claro então que, de acordo com o conceito do relator e de outros instrumentos de direitos humanos, como o comentário geral. número de 5 de 2003, chamado de "medidas gerais de implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança", CRC / GC / 2003/5, 27 de novembro de 2003, "[...] em caso de conflito entre a legislação e os

tratados nacional, eles devem sempre tomar as obrigações internacionais de precedência nos termos do artigo 27 da Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados.” (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 21)

Além disso, o relator declarou enfaticamente, e seguindo o Comentário Geral nº. 3 "A natureza das obrigações dos Estados Partes" (Artigo 2, nº 1); em sua quinta sessão do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1990⁵⁸, que:

“A legislação nacional deve estabelecer "direitos" suficientemente específicos, para que os recursos no caso de um possível incumprimento sejam eficazes. Legislações nacionais relativas ao direito à educação devem estabelecer um "direito de acção" para pessoas ou grupos que sentem que seu direito à educação não forem integralmente cumprido na prática, e fornecer "recursos judiciais”. (Comentário Geral número. 3 "A natureza das obrigações dos Estados partes" artigo. 2, parágrafo. 1)

Por isso, e para garantir a concretização do direito à educação, a legislação nacional deve "estabelecer direitos em detalhes suficientes para que os recursos para o seu cumprimento seja eficaz." Portanto, a própria legislação nacional sobre o direito à educação deve estabelecer: "[...] um direito de recurso para os indivíduos ou grupos que sentem que seu direito à educação não forem integralmente cumprido na prática, e fornecer recursos judiciais.” (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 22).

Destaca o Relator em uma posição se você quiser um pouco tímido, que o direito à educação “[...] Parece ser de aplicação imediata por órgãos judiciais ou quase judiciais em muitos sistemas legais nacionais". (Ênfase adicionada) porque: "Parece difícil de sustentar a sugestão de que as disposições indicadas são inerentemente não-auto-executável.” (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 23).

⁵⁸ Consultada en la dirección electrónica http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3 en noviembre

Apesar da carga ideológica contida no termo "aparentemente" em suas formas gramaticais presentes no relatório, o Relator destaca alguns elementos de que discursasse parágrafos atrás sobre a aplicação imediata dos DESC pelos judiciários nacionais, e o evidente paradoxo gerado no cenário em que há um direito humano sem recursos correspondentes para torná-lo obrigatório em tais tribunais.

Precisamente para que este paradoxo não presente-se e, no nosso caso, o direito à educação pudera ser obrigado pelos tribunais, o relator recomenda:

“[...] fornecer soluções eficazes para corrigir violações. Estes devem incluir o acesso a procedimentos independentes de reclamações e aos tribunais para assistência jurídica e outros necessários. Quando se verificar que os direitos foram violados, deve haver uma solução adequada, incluindo a compensação”. (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 25)

Como indicado no primeiro capítulo desta dissertação, o relator observa que o direito à educação tem estatuto constitucional em um número bastante elevado de países e atualmente é um dos mais amplamente reconhecidos nas constituições do mundo dos direitos universais.

O relator cita um estudo⁵⁹ em constituições nacionais, onde se conclui que:

“[...] 90% das constituições do mundo incluem o direito à educação. Em 56% dessas constituições estipulou-se que a educação deve ser obrigatória até um certo nível. Além disso, 65% dessas constituições afirmou-se que a educação deve ser livre até um certo nível. Por outro lado, a maioria dos Estados têm leis nacionais sobre educação.” (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 25)

Portanto, a justiciabilidade do direito à educação também é baseado em sistemas jurídicos nacionais que "sentam as bases para o direito de acção" (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À

⁵⁹ Comparative Constitutions Project, proyecto dirigido por los profesores Zachary Elkins, de la Universidad de Tejas; Tom Ginsburg, de la Universidad de Chicago, y James Melton, del IMT Institute for Advanced Studies, disponible en: <http://www.comparativeconstitutionsproject.org>.

EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 26)

Entre os exemplos que o relator observa em casos específicos em que os sistemas jurídicos nacionais formam a base de um direito legítimo para agir judicialmente (além da África do Sul⁶⁰ e Índia⁶¹), referindo-se à Associação de Juízes, Procuradores e Defensores Públicos da Infância e da Juventude do Brasil é que, de acordo com o relatório: “[...]Também está firmemente empenhada na defesa dos direitos humanos, incluindo o direito a uma educação de qualidade e sua eficácia⁶².”(RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 26)

Retornando a este ponto, é claro que o direito à educação é um direito reconhecido internacionalmente e é justiciável em todos os aspectos de seu conteúdo essencial. Os Estados, então, têm a responsabilidade primária de implementar o direito à educação para todas as pessoas no seu território ou sujeitas à sua jurisdição.

Da mesma forma, os Estados devem esforçar-se para um sistema de educação que respeite o direito à educação e abster-se de tomar medidas que possam impedir ou restringir o acesso à educação.

A privatização da educação de qualquer forma não pode extinguir as obrigações dos Estados. Eles devem garantir e facilitar o direito à educação; “[...] Deve também garantir o respeito e o cumprimento, tanto no que respeita ao direito de

⁶⁰ A Constituição Sul-Africana, no seu artigo 38 (Eficácia dos Direitos) afirma que "qualquer pessoa listada neste artigo tem o direito de ir a um tribunal competente, se verificar uma violação ou ameaça de um dos direitos referidos na declaração de direitos, eo tribunal pode conceder alívio adequado, incluindo uma declaração de direitos.

⁶¹ Na Índia, os direitos fundamentais são um "componente básico e essencial", da Constituição, e qualquer cidadão pode ir diretamente para o Supremo Tribunal da Índia em caso de infração ou violação. Apesar de não ser mencionado explicitamente na Constituição do Estado indiano, o direito à educação é considerado essencial para o gozo de componente outros direitos. Em um julgamento marco, o Supremo Tribunal da Índia determinou que o direito à educação é uma parte integrante do direito à vida e, portanto, um direito efetivo. Sob este e outros acórdãos pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição da Índia foi alterado e estabeleceu que o direito a educação das crianças de 6 aos 14 anos deve ser gratuito e obrigatório. Relatório do Relator Especial sobre o Direito à Educação. Justiciabilidade do Direito á Educación A/HRC/23/35 de 2013, párrafo 28.

⁶² Isso é demonstrado na publicação "Justiça para a Qualidade da Educação" (Editora Saraiva S.A., 2013), um reflexo coletivo de professores e juristas proteger e promover o direito à educação de qualidade para todas as pessoas.

acesso universal à educação básica e capacitação através da aquisição de conhecimentos, habilidades e competências e nível de qualidade” (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 18)

As obrigações dos estados nacionais sobre o direito à educação, ao qual nos referimos a alguns parágrafos atrás: “[...] foram interpretadas à luz do direito internacional dos direitos humanos, que afirma que este direito é justiciável.” (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 20)

Tanto o professor Antônio Augusto Cançado Trindade como Professor Fons Coomans percebem um novo paradigma regulatório sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, e, especificamente, com o potencial de ação perante os tribunais nacionais e internacionais, do direito à educação.

O professor, juiz brasileiro, juiz e presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos Interamericana, Cançado Trindade diz:

“A documentação disponível mostra a importância de determinar a “judicialização” dos direitos económicos, sociais e culturais, incluindo o direito à educação, e sua implementação a nível internacional, juntamente com as obrigações dos Estados de proteger, respeitar e cumprir esses direitos”. (CANÇADO TRINDADE, 1997, p. 214 *apud* RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 20)

E reforça, no mesmo sentido, o professor universitário, consultor da UNESCO e especialista em Direitos Económicos, Sociais e Culturais, Fons Coomans:

“[...] Na verdade, já houve casos em que as questões de justiça discutidos relacionados com a educação que tinha sido submetido, e vários aspectos fundamentais do direito à educação têm sido objecto de revisão judicial ou quase judicial. O direito à educação foi declarada plenamente justiciável por muitos tribunais.” (COOMANS, 2009, p. 432 *apud* RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 20)

Então, seguindo a linha de prata dos argumentos pelos tratadistas acima mencionados, para o direito seja justiciável, deve possuir a capacidade jurídica que a própria lei reconhece a qualquer pessoa para tomar medidas legais, a fim de assegurar a aplicação de uma sanção por violação da obrigação.

Uma vez que, como é discutido no primeiro capítulo desta dissertação, o direito à educação é reconhecido internacionalmente por uma vasta gama de instrumentos de direitos humanos e, portanto, é justiciável em todas as suas facetas.

Então, quando um direito é considerado justiciável? Considera-se que uma questão é justiciável quando "podem ser levantadas corretamente perante os tribunais e são resolvidas judicialmente." (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 27)

Da mesma forma, e por isso mesmo, uma das características essenciais de um direitos justiciáveis é a possibilidade de todos os cidadãos: "apresentar recursos perante os tribunais com base nas obrigações legais internacionais e das disposições constitucionais e a legislação vigente sobre o direito à educação (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 27).

Portanto, no presente caso, onde presente-se a negação ou a violação do direito à educação:

"[...] cada cidadão deve ser capaz de recorrer aos tribunais em função das obrigações legais internacionais e das disposições constitucionais e legislativas relativas ao direito à educação. Decisões judiciais em todas as regiões mostram quão longe os tribunais têm defendido o direito à educação nas suas diversas facetas. (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 27)"

2.2.2 Os mecanismos judiciais e quase-judiciais

O direito à educação é justiciável, por uma ampla gama de mecanismos judiciais como mecanismos quasi-judiciais.

Os mecanismos judiciais referem-se às instituições judiciais em os níveis regionais, nacionais ou globais, que proferem decisões que podem construir linhas jurisprudenciais de defesa dos direitos reconhecidos por instrumentos internacionais ou por direito nacional.

Os mecanismos quase-judiciais referem-se a instituições que, enquanto não tem uma função judicial, são responsáveis pela promoção dos direitos humanos, lançando relatórios e investigações de carácter qualitativo e quantitativo que podem ser a base dos processos em mecanismos judiciais, examinando casos de violação dos direitos à educação, fazer inquéritos e investigações e recomendar a adoção de autoridades locais, regionais, nacionais ou internacionais competentes.

2.2.2.1 Os mecanismos judiciais

Os tribunais nacionais são geralmente **quem** entendem das alegações pelas violações do direito à educação. Depois de esgotar todos os recursos internos, ou quando pode ser mostrado que a pessoa não pode exercer nenhuma acção nos tribunais nacionais ou se o sistema judicial nacional interno sofre de uma deficiência, existe a possibilidade de recurso perante os tribunais regionais ou internacionais.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos são exemplos de tribunais regionais de direitos humanos estabelecidos para fazer cumprir tratados regionais.

O Relatório *sub exámine* menciona um procedimento para os conflitos entre Estados. De acordo com o documento, há uma possibilidade de que um deles submeta à Corte Internacional de Justiça uma disputa contra outro Estado para proteger o direito dos seus cidadãos à educação, de acordo com as disposições da Convenção da UNESCO sobre a Luta contra a Discriminação na Educação. (DAUDET & SINGH, 2001,

p. 41 *apud* INFORME A/HRC/23/35 DEL RELATOR ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN, KISHORE SINGH SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN, párrafo 35)⁶³

2.2.2.2 Os mecanismos quase-judiciais

A nível nacional, os mecanismos quase-judiciais, como Provedores de Justiça, Personerías, Ministérios, Departamentos ou Secretarias nacionais, estaduais ou municipais ou órgãos do executivo, e de outras instituições nacionais de direitos humanos, desempenham um papel importante na proteção do direito à educação, monitorando sua eficácia a nível nacional

De acordo com o relator Singh:

“[...] existem estes mecanismos em muitos países. Embora seus pareceres não são juridicamente vinculantes, as decisões e recomendações destas entidades quase-judiciais a nível nacional são importantes, pois exercem pressão sobre as autoridades e instituições, tanto políticas como jurídicas. Esses mecanismos também pode ir ao tribunal para pedir reparação, caso a lei não é respeite o direito à educação.” (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 36)

Da mesma forma, entre outros exemplos, como a Índia, África do Sul e Ilhas Maurício, para ilustrar o impacto destes mecanismos a nível nacional, o Sr. Relator fala do caso da Defensoria Pública de São Paulo, Brasil, que "dá apoio jurídico aos cidadãos pobres cujo direito à educação foi violado, embora os promotores São Paulo denunciam estas violações às autoridades públicas e tribunais para fazer valer esse direito.” (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À

⁶³ A este respeito e de acordo com o relatório A / HRC / 23/35 de 2013, parágrafo 35 submetido ao Conselho de Direitos Humanos, a opinião consultiva da Corte Internacional de Justiça, em resposta à resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre as consequências jurídicas da construção por Israel de um muro no território palestino ocupado, em que as regras e os princípios do direito internacional são levados em consideração, é um exemplo histórico de como o direito à educação podem ser protegidos este tribunal em todo o mundo. A Corte Internacional de Justiça considerou que a construção do muro no Território Ocupado da Palestina infringiram o direito internacional e impediu o gozo de vários direitos humanos, incluindo o direito à educação.

EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 36)

Agora, no que tem a ver com os mecanismos regionais, Europa, África e América eles estabeleceram mecanismos para-judiciais para fazer cumprir os instrumentos regionais. Por exemplo:

“O protocolo de San Salvador permite expressamente a petição individual à Comissão por violação desse direito. Da mesma forma, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos desempenham um papel importante em analisar as alegações das violações do direito à educação de acordo com as disposições da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos (artigo 17) . Depois de examinar as queixas que são apresentadas, o Comité Europeu dos Direitos Sociais adota decisões, chamados de "conclusões", que determina se as situações nos países em questão estão, ou não, em conformidade com as disposições da Carta Social Europeia.”
(RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 37)

2.2.2.3 Objetivos dos mecanismos judiciais e quase-judiciais: a proteção e a promoção

De acordo com o Comentário Geral No. 13 sobre o direito à educação (artigo 13 do Pacto), nos parágrafos 43 e 44, os mecanismos judiciais e quase judiciais cumprem um papel de protecção e promoção no que diz respeito à manutenção e a realização do direito à educação.

A obrigação de promover o direito à educação implica a introdução progressiva do ensino gratuito, e os Estados devem dar prioridade na implementação da educação primária gratuita. As medidas tomadas pelos Estados-Membros deverão ser "deliberadas, concretas e orientadas" para a plena realização do direito à educação.
(RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 67)

Como podemos ver, a proteção e promoção são os dois pilares do sistema de direitos humanos em que devem basear-se sistemas jurídicos nacionais e internacionais.

Assim, a ênfase considerável do Relator Especial sobre a questão da promoção dos direitos humanos, no nosso caso, o direito à educação, e que parece não ter a devida importância por Estados-nação e seus governos.

De acordo com o relatório:

“Os Estados têm a obrigação de tomar medidas para promover, nomeadamente, a introdução de regimes de apoio financeiro para o direito à educação. Sob as suas disposições sobre o direito à educação, o artigo 13 do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais prevê um "sistema adequado de bolsas". Da mesma forma, a Convenção da UNESCO sobre a Luta contra a Discriminação na Educação estabelece os critérios de "mérito e necessidades" sobre "a atribuição de bolsas de estudo ou qualquer outra forma de assistência aos estudantes” (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 69)

2.2.3 Grupos de jurisprudência nacional sobre o direito à educação

No desenvolvimento do relatório, o Sr. Relator ilustra como os tribunais têm interpretado o direito à educação no mundo. Estas linhas jurisprudenciais ou tipos de jurisprudência será um parâmetro importante no exercício análise comparativo proposto no quarto capítulo desta dissertação.

Para o Relator há sete linhas jurisprudenciais dentro das quais podem ser enquadrados os casos sobre o direito à educação e, em seguida, uma breve exposição será feita a partir dos exemplos que descrevem os casos no relatório:

2.2.3.1 Igualdade de oportunidades na educação

De acordo com o relator, existe jurisprudência abundante sobre as obrigações dos Estados de respeitar o princípio fundamental da igualdade de oportunidades na educação e existem muitas declarações que tenham sido emitidas sobre o direito de acesso à educação em condições justas e equitativas. (RELATÓRIO A / HRC / 23/35

DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 67)

Na causa *Brown vs. Board of Education*, citado no primeiro capítulo desta dissertação como um marco histórico na jurisprudência nacional em que se baseou parte da teoria jurídica sobre o direito à educação, e também citado pelo Sr. relator, o Supremo Tribunal de Estados Unidos afirmou que:

[...] a existência de instalações educacionais separadas para crianças negras e brancas foi considerada uma "desigualdade inerente". Mesmo nos casos em que as instalações físicas e outros fatores objetivos eram iguais, um sistema escolar segregado negou ao grupo minoritário da igualdade de oportunidades na educação." (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 45)

Da mesma forma, no caso *Chitra Ghosh and Another vs. Union of India and Others* (1969), onde o Supremo Tribunal da Índia tem interpretado as disposições relativas à igualdade perante a lei contida no catálogo de direitos civis e políticos da constituição do país, contribuem à igualdade de direito e de fato, por que a vida como constitucional pelo qual o Supremo Tribunal da Índia determinou que "fundamentalmente, como um valor permanente de nossa organização política, é garantir a igualdade de oportunidades para implantar o potencial cheio de personalidade cada um". (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 46)

2.2.3.2 Protección de los grupos marginados y vulnerables Proteção de grupos marginalizados e vulneráveis

De acordo com o relatório há, uma série de decisões que podem fornecer orientações sobre a forma de proteger o direito à educação de grupos marginalizados e vulneráveis.

O primeiro caso citado é o International Association Autism Europe vs. France, reclamación núm. 13/2002 do Comité Europeu dos Direitos Sociais, 04 de novembro de 2003, e é dado como parte de uma "queixa coletiva" para defender os direitos das pessoas com deficiência na Europa. Na mesma resolução, o Comité Europeu dos Direitos Sociais considerou que: a falta geral de progressos por parte do Governo da França nesta área constitui uma violação da Carta Social Europeia.

Da mesma forma, de acordo com o relatório, "a Comissão Nacional Consultiva dos Direitos Humanos da França também defendeu o direito das crianças com deficiência à educação através de vários pareceres consultivos." (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 46).

O segundo caso refere as práticas discriminatórias contra crianças ciganas com deficiência mental, o caso Horvath and Kiss v. Hungary, demanda núm. 11146/11, 29 de janeiro de 2013.

De acordo com o relatório, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, na mesma sentença, declarou que:

"[...] deve-se integrar crianças ciganas em classes regulares; [Pois] o direito à educação tinha sido violado com a atribuição de um nacional croata de origem cigana a classes compostas unicamente por classes de Roma em vez de umas "etnicamente mista". (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 49)

É evidente a intenção do Tribunal Europeu de proteger a educação para grupos étnicos vulneráveis em contextos adversos.

Complementando o acima, e em outro caso relativo escolas reservada exclusivamente para as crianças ciganas, a Agência para a Igualdade de Tratamento da Hungria, agência quase-judicial do país, concluiu que, em conformidade com a lei sobre a igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência: "as autoridades responsáveis pelo sistema local, quem segregavam estudantes, tinha violado o princípio da igualdade de tratamento." (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR

ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 49)

Esta mesma, a decisão com base na mesma lei sobre a igualdade de oportunidades, mostra "como pode defender o direito das crianças que vivem em áreas rurais à educação básica". (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 49)

Para terminar esta linha de casos, o relatório cita o caso de uma ação afirmativa que tem lugar através de uma decisão judicial de promoção do direito à educação, com as seguintes palavras:

"Na África do Sul, depois de examinar uma denúncia apresentada pela Associação de Escolas do Distrito de Eastern Cape, segundo a qual o governo provincial não concedeu subsídios de alojamento suficientes, transporte e manutenção, impedindo as crianças de áreas rurais participar no distrito escolar, a Comissão de Direitos Humanos concluiu que violava o direito dos estudantes afectados à educação básica, e recomendou que lhe fosse concedida tais subsídios." (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 50).

2.2.3.3 Efetividade do direito a uma educação de qualidade

Como dissemos no primeiro capítulo desta dissertação, a responsabilidade de fornecer educação de qualidade encontra-se com todas as instituições educacionais, e gera obrigações nacionais e internacionais para os Estados. Da mesma forma, "a justiciabilidade do direito à educação é fundamental para defender a qualidade e os níveis de educação contra a deterioração geral da qualidade e preocupações generalizadas de que isso dá origem." (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 51)

O relatório refere-se a um julgamento americano, onde uma interpretação ampla é feita em relação aos requisitos do direito à educação de qualidade.

O Estado de Nova York dispõe na sentença do caso *Board of Education* (Junta de Educación), *Levittown Union Free Speech District v. Nyquist*, 57 N.Y.S.2d 27, 48 do ano 1982, que: “a disposição constitucional sobre a educação inclui a educação de alta qualidade, afirmando que o Governo deve proporcionar educação básica adequada e ensino secundário válido” (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 52).

Tal era o escopo do Tribunal do Estado de Nova York, que ele concluiu que a qualidade do ensino era insuficiente, e que o elevado número de alunos por turma em Nova York teve um impacto negativo sobre o desempenho do escola (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 52). Esta decisão segue-se que a qualidade certa de ensino foi considerada pelo Judiciário claramente justiciable.

Segundo o relatório, numa sentença do Supremo Tribunal das Filipinas no caso *Philippine Association of Colleges and Universities v. Secretary of Education de 1955*, é determinado que “o direito a uma educação de qualidade impõe aos Estados a obrigação de assegurar que os currículos sigam os objetivos educacionais fundamentais” (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 53) desde que o Estado foi a salvaguarda do bem-estar público através da regulação da educação privada em linha com os objetivos finais da lei.

2.2.3.4 Os direitos das minorias, incluindo os direitos linguísticos

De acordo com o relatório, há muitos casos que abordaram os direitos das minorias com os seus direitos linguísticos. Para ilustrar esta linha de casos, o relatório fala da decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, onde é determinado que a legislação nacional não pode impedir o acesso das crianças às escolas em determinada

língua nas diferentes regiões de uma nação com base no local de residência dos pais. (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 54)

Nesta mesma linha de argumentação, no caso *Doucet-Boudreau vs. Nova Scotia (Minister of Education)* do ano 2003, o Supremo Tribunal do Canadá afirma que "[...] os direitos educacionais das minorias linguísticas ao abrigo do artigo 23 da Carta de Direitos e Liberdades, que fornece garantias para as comunidades de língua francesa, foram justiciáveis" (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 55)

2.2.3.5 As meninas e o direito à educação

Especial atenção é o sexo feminino no relatório, dado o contexto histórico e universal de sua contínua vulnerabilidade, no campo da educação.

Contextualiza o relatório com razão e justiça:

"A maioria das pessoas privadas de educação são meninas e mulheres, apesar de seu direito a uma educação da mesma maneira como os meninos y homens. Em alguns casos, elas não vão à escola porque os pais impedi-la, considerando que não é importante educá-las, ou pleas ameaças de extremistas religiosos. A violência contra mulheres e meninas dificulta o seu direito à educação." (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 56)

A linha jurisprudencial é construída em uma tentativa de salvaguardar o direito das meninas à educação. Neste ponto, o relator mencionou um caso colombiano determinado pela sentença T-177, de 1998, onde o Tribunal Constitucional colombiano tem repetidamente defendido o direito das meninas grávidas a educação básica, eliminando do sistema jurídico qualquer disposição dos regramentos escolares se fosse contrária.

2.2.3.6 Financiamento da educação

É claro que as obrigações de proteger e promover os direitos humanos nacionais e internacionais, em geral, exigem aos Estados fornecer recursos para implementá-las. Sem recursos, seriam obrigações vazias ou puramente formais.

O relatório sobre a justiciabilidade do direito à educação, enfatiza a existência de um conjunto jurisprudencial definido, pelo qual o Poder Judiciário do Estado "pode encomendar os governos a realizar estudos de custos para determinar o os recursos que devem ser investidos em escolas, bem como para considerar propostas para os governos, tendo em conta as disposições constitucionais" (Brundige & Kalantry, 2012 *apud* RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 60)

O relatório salienta na declaração do Estado americano de Kentucky, *Rose vs. Council for Better Education* do ano 1989, onde o Supremo Tribunal considerou inconstitucional o sistema estatal de financiamento da escola porque havia um tratamento diferente para os valores e para instituições de ensino", basicamente, não são dotados dos mesmos fundos para todas as escolas no Estado". (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 61)

O outro exemplo de peso que expõe o Relatório sobre esta linha de jurisprudência é a Indonésia. É, tecnicamente falando, uma linha de jurisprudência desenvolvida pelo Supremo Tribunal da Indonésia, onde o governo:

"[...] teve que aumentar progressivamente o orçamento nacional para a educação, em conformidade com as disposições constitucionais e da Lei sobre Sistema Nacional de Educação (2003), que estipula que o Estado deve alocar 20% dos orçamentos nacionais e regionais para educação." (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 62)

Este último é um exemplo bastante eloqüente da mudança de paradigma quando se assume que o direito à educação é um direito humano subjectivamente justiciable.

2.2.3.7 Regulação da atividade das instituições de privadas ensino

O Relator Especial gostaria de enfatizar a importância de se reconhecer a educação como um bem público e para salvaguardar o interesse público em educação.

Este reconhecimento fornece um parâmetro que já tinha vindo a desenvolver desde a Declaração da reunião de alto nível da Assembleia Geral sobre o Estado de direito nos níveis nacional e internacional, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 24 de Setembro 2012. Este parâmetro deve ser interpretado de acordo com a extensão do princípio do devido processo e afirma que:

“O reconhecimento de um interesse público geral em matéria de educação significa que qualquer pessoa ou entidade pode reivindicar o direito à educação em nome daqueles que são vítimas de uma violação das obrigações do Estado nesta área. Para este fim, deve ser promovido o acesso à justiça para todos, incluindo assistência jurídica.”
(RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 63)

O relatório observa como exemplos dentro deste grupo de jurisprudência a Sentença C-560 de 1997, emitida pelo Tribunal Constitucional colombiano no contexto de um pedido de inconstitucionalidade contra o artigo 203 da Lei Geral de Educação ou Lei 115 de 1994, onde o tribunal superior decidiu que: "a exclusão de alunos de escolas por motivos puramente económicos constitui uma violação do seu direito à educação" (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 64)

O relator explica com um exemplo: "A jurisprudência emergente é importante defender o interesse social na educação." Através da decisão do caso *Society for Unaided Private Schools of Rajasthan vs. Union of India* do ano 2012:

[...] o Tribunal Constitucional da Índia declarou constitucional as disposições da lei sobre o direito das crianças à educação gratuita e obrigatória de 2009, que afirmava que 25% dos lugares nas escolas privadas do país foram reservados para estudantes dos segmentos sociais e economicamente desfavorecidos da sociedade.” (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 63)

Finalmente, na mesma linha de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal do Nepal, é citada porque:

“[...] [se] exigiu que as autoridades de educação conceberam programas de reforma para regular as actividades das escolas privadas, principalmente para regular as taxas, proibir a venda de livros didáticos excessivamente caros, e limitar o número de escolas privadas as que foram concedida a acreditação. Taxas excessivas cobradas por instituições privadas de ensino aumentam a disparidade social e económica entre a classe trabalhadora e da classe média” (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 66)

Para terminar a exposição que tem como objetivo mostrar a variedade de a legislação nacional e as respectivas linhas de jurisprudência que, na prática, têm sido formados e nos mostram o amplo aspecto da justiciabilidade do direito à educação, o Relator Especial faz uma sugestão valiosa para que os exercícios litigiosos sejam bem sucedidos. A chave, de acordo com o relatório, são os indicadores.

Para o Relator Especial:

“Os tribunais será mais capaz de se pronunciar sobre as reclamações apresentadas como resultado de violações do direito à educação, se os litigantes formulá-las claramente. Os indicadores de direitos humanos e informação qualitativa e quantitativa sobre os sistemas educativos podem ser usados para fundamentar as alegações relativas a violações do direito à educação, e pode ser uma ferramenta muito poderosa na medida em que permitem entender melhor o nível ea gravidade de violações dos direitos humanos” (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 72)

Como é evidenciado pela prolífica e rica jurisprudência nacional sobre os aspectos que compõem o núcleo do direito à educação, sempre interpretada à luz das normas e obrigações internacionais e ao abrigo dos respectivos textos constitucionais,

a justiciabilidade do direito à educação além de ser um fenômeno real com um potencial para o futuro muito promissor, tem muitas nuances e aborda diferentes aspectos dos problemas educacionais.

Jurisprudência nacional mostra que o direito à educação é um direito exigível. Em caso de violação, há a possibilidade de ir a mecanismos jurídicos ou quase-jurídicos para protegê-lo e torná-lo eficaz. Estes mecanismos são extremamente valiosos na medida em que permitem o exame das denúncias de violações de direitos humanos apresentadas pelos cidadãos de uma forma justa e imparcial. Justiciabilidade deste direito deve ser reconhecido publicamente e reafirmados pelos governos através de constituições e leis nacionais. (RELATÓRIO A / HRC / 23/35 DO RELATOR ESPECIAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO, KISHORE SINGH SOBRE A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO, parágrafo 81).

2.3 Graus da Justiciabilidade: critérios de construção de Direito Comparado

De acordo com o direito comparado e, como acabamos de ver na seção anterior, podemos ver que existem várias formas de justiciabilidade do direito à educação. Estabelecer o que poderiam ser as formas e grau mais adequado de protecção judicial dos direitos sociais em uma democracia, com elementos de direito comparado, evita as duas posições extremas sobre a justiciabilidade dos quais fala o Professor Rodolfo Arango e enfatizou na primeira parte deste capítulo.

Em outras palavras, apesar da ampla gama de aspectos judiciáveis do direito à educação, não é afirmar hoje que deve haver justiciabilidade plena e absoluta em relação a todos os direitos sociais, e no nosso caso, em relação à esfera educacional.

Como é plausível observar, é perfeitamente possível que existam diferentes decisões de protecção de um aspecto do direito, de acordo com os respectivos contextos nacionais, que também revelam estratégias da protecção judicial muito diferentes.

O Professor Robert Alexy, em seu texto, "Teoria dos Direitos Fundamentais" (1993), propõe um esquema para determinar os níveis de justiciabilidade dos direitos

sociais que são recolhidos na publicação da segunda parte das discussões realizadas no Fórum de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC), patrocinado pela Comissão Económica das Nações Unidas para a América Latina e o Caribe (CEPAL) e a Fundação social e realizado em Bogotá em novembro de 2001.

Neste fórum e com base nos princípios do mestre alemão, surge um sistema que combina quatro elementos assim:

O primeiro, se os direitos estão sujeitos a controle constitucional ou não. Em segundo lugar, se as regras relativas a estes direitos sociais consagram direitos subjetivos ou deveres objetivos. O terceiro, se esses direitos são formulados em termos de regras ou princípios absolutos. Em quarto lugar, se a noção de direitos sociais é máximo ou mínimo, se ela aponta para um máximo ou mínimo de bem-estar (CEPAL, 2001, p.20)

CEPAL sugere que uma combinação destas quatro variáveis pode determinar até dezesseis diferentes formas de protecção judicial. Desta forma e para mostrar, em uma visão geral, todo o espectro de possibilidades de justiciabilidade de uma forma sucinta, enfatiza ambas as extremidades do panorama justiciable, como segue:

“No mais extremo, corresponderia ao mais alto nível de protecção judicial, os direitos sociais teria protecção constitucional, estão sob a forma de direitos subjetivos, tem uma estrutura de regras e são direitos plenos, ou melhor, direitos de cobertura total. Por outro lado, na extremidade inferior da justiciabilidade estão aqueles que não possuem direitos sociais de protecção constitucional, que não são direitos subjetivos, expressando deveres objetivos do Estado, estruturados na forma de princípios, e teve como objetivo definir mínimos (não máximos) níveis de bem-estar”. (CEPAL, 2001, p 20)

Como podemos ver, o espectro das formas de justiciabilidade dentro das várias decisões sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais é abrangente e diferenciado um do outro.

Agora, de acordo com várias experiências nacionais, a CEPAL propõe um outro regime de graus de protecção judicial, com base precisamente na legislação comparada, o que proporcionaria uma ferramenta metodológica importante para levantar com sucesso exercício que irá desenvolver-se no capítulo quatro, e que constitui a espinha dorsal desta dissertação.

A CEPAL diz que: "[...] pode ser chamado de "avaliação negativa" para essas justiças constitucionais que são inimigas dos direitos sociais. Nem sempre a presença de uma justiça constitucional é favorável aos direitos sociais; na verdade, este tipo de justiça pode agir contra tais direitos." (CEPAL, 2001, p. 20)

Então, a partir do conceito de "avaliação negativa" pode-se distinguir seis graus de justiciabilidade, em linha com experiência nacional. Desta forma: "A" grau 1 "seria a proteção dos países em que se considere que os direitos sociais são regras pragmáticas que têm o efeito de definir autorizações ou conceder poderes às autoridades do Estado." (CEPAL, 2001, p.20)

CEPAL traz o exemplo de Espanha, onde os direitos sociais "não são direitos subjetivos, mas, como afirma sua Constituição, são regras que geram o sistema legal, fornecendo as autoridades de possibilidades para fazer coisas que, se não houvesse os direitos sociais, não poderiam realizar" (CEPAL, 2001, p.20)

A justiciabilidade "grau 2" ou proteção judicial (ou realização, ou concretização, tal como fala CEPAL) está definido para:

[...] os países em que os direitos sociais não têm nenhum efeito legal, Enquanto não estão sujeitos à evolução legislativa, embora uma vez que são o assunto deste desenvolvimento, estão protegidos por mecanismos jurisdicionais extremamente efectivos. Neste último caso, está perante uma maior protecção (duplo). O juiz não pode impor obrigações para legislatura, mas a imposição por parte do legislador é acompanhada por estruturas legais muito eficazes conduzem mandatos legislativos" (CEPAL, 2001, p. 20)

De acordo com a Comissão Económica das Nações Unidas para a América Latina e Caribe, o sistema judicial sueco é o paradigma dentro desse grau de proteção.

O "grau 3" de proteção judicial é apresentado em contextos nacionais onde os direitos sociais são interpretadas:

"[...] como parâmetros de constitucionalidade, que não teriam o carácter de direitos subjetivos, mas são diretrizes que servem para estabelecer a constitucionalidade de uma política ou uma lei. Os direitos sociais podem operar neste respeito, em um duplo sentido. Por um lado, como uma espécie de direito de resistência em defesa dos ganhos obtidos na satisfação dos DESC; isto corresponde aproximadamente ao conceito de não regressividade desenvolvido pela teoria internacional sobre DESC: uma vez que alcança um certo grau de eficácia ou protecção, o direito económico, social ou cultural, não pode ser removido." (CEPAL, 2001, p. 21)

CEPAL exemplifica esse nível de protecção no contexto dos países da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, onde, após o descaroçamento do sistema político – econômico, em plena transição para a economia de mercado, os Tribunais Constitucionais dos países como a Hungria, defenderam os avanços e não descaroçaram na justiciabilidade dos direitos sociais.

Assim, a protecção "Grau 4" dos direitos sociais é quando consagaram-se esses direitos: direitos subjetivos, não absolutos, mas condicionados. (CEPAL, 2001, p. 21)

Assim, e a exemplo é da CEPAL, "se em certas circunstâncias, uma pessoa vive uma situação de extrema dificuldade que o Estado é capaz de lidar, pode surgir, em cabeça dela, um direito subjetivo legalmente exigível." (CEPAL, 2001, p. 21)

Se aproximando da borda do espectro, protecção "grau 5" aparece e fala de "considerar os direitos sociais como direitos subjetivos, em ligação com os civis e políticos; isso seria, no fundo, o que faz muito a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Colômbia." (CEPAL, 2001, p. 21)

A "categoria 6" e no final protecionista do espectro, funciona quando o direito social: "Tem o alcance de um direito subjetivo directo para determinados grupos populacionais" (CEPAL, 2001, p. 21). No entanto, a entidade diz, não parece haver sistemas jurídicos em que a ideia de que os direitos sociais fundamentais são subjetivos, exigíveis por todos em todas as circunstâncias. (CEPAL, 2001, p. 21)

Finalizando esta metodologia, a CEPAL examina outra tipologia de protecção dos direitos Sociais, Económicos e Culturais, que chamou de "estratégias". E, de acordo com as suas declarações, é a "estratégia processual e a estratégia material" (CEPAL, 2001, p.21).

A estratégia processual é o seguinte:

"[...]juízes constitucionais procuram garantir a transparência e equidade do processo de deliberação política destinada a dar efeito aos direitos sociais, mas sem tomar medidas para estabelecer mínimos e máximos no assunto. Nesta hipótese, os juízes deixam as respectivas decisões nas mãos da actividade legislativa, mas intervêm para assegurar a justiça ou devido processo na definição (e implementação) dos benefícios dos respectivos direitos." (CEPAL, 2001, p.22)

A estratégia material aparece quando:

“[...] juízes determinar o conteúdo das obrigações estatais correlatas a esses direitos. A maneira de proporcionar-lhes a uma maior eficiência poderia ser a de comparar as experiências de diferentes países e reflectir sobre a forma de conceber as estruturas de justiciabilidade mais adequadas para proteger os direitos sociais numa sociedade democrática..” (CEPAL, 2001, p.22)

Então temos três critérios estabelecidos para denominar e medir os graus de justiciabilidade do direito à educação, tanto a nível nacional e no direito comparado: O critério de "grupos ou linha jurisprudencial" que fornece o relatório A / HRC / 23 / 25 do relator especial sobre o direito à educação, Kishore Singh sobre a justiciabilidade do direito à educação; o proposto pelo professor Robert Alexy, em seu texto, "Teoria dos Direitos Fundamentais" para determinar os níveis de justiciabilidade no esquema de nível nacional; e o regime proposto pela CEPAL com base em experiências nacionais e de direito comparado

Esse é o retrato dos critérios metodológicos em que é suportada a comparação entre a justiciabilidade do direito à educação nos casos do Brasil e da Colômbia, levantadas no quarto e último capítulo da dissertação.

3 OS SISTEMAS NORMATIVOS NACIONAIS DO DIREITO À EDUCAÇÃO

3.1 Obrigações dos Estados sobre o Direito à Educação e implementação ao nível nacional

3.1.1 Obrigações dos Estados

O direito à educação é reconhecido em muitos instrumentos de direitos humanos globais, regionais e nacionais. Neste sentido, impõe certas obrigações aos Estados. À semelhança de outros direitos humanos, o direito à educação exige que os Estados respeito, proteção e aplicação. Esta obrigação, conforme estabelecido pelo Comentário Geral No. 13, parágrafo 46, também inclui outras obrigações, ou seja, "a obrigação de facilitar e a obrigação de fornecer."

Mencionaremos esquematicamente e para os efeitos desta dissertação, os três níveis de obrigações em questão; as obrigações específicas dos Estados sobre o Direito à Educação e falhas do último com as suas obrigações, identificadas pelo Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais CODESC.

De acordo com o Centro Europa Terceiro Mundo (CETIM) os três níveis de obrigações dos Estados pode ser entendida da seguinte forma:

"A obrigação de respeitar exige que os Estados partes evitem medidas que dificultam ou impedem o gozo do direito à educação. A obrigação de proteger requer que os Estados partes tomem medidas para impedir que o direito à educação seja prejudicado por terceiros. A obrigação de realizar (facilitar) exige que os Estados tomem medidas positivas para permitir que indivíduos e comunidades desfrutem do direito à educação.

Por fim, os Estados Partes têm a obrigação de satisfazer (facilitar) o direito à educação. Como regra geral, os Estados Partes são obrigados a cumprir (fornecer) um direito específico no Pacto quando um indivíduo ou grupo é incapaz, por razões alheias à sua vontade, implementar o próprio direito, com os recursos à sua disposição " (CETIM, 2007, p. 19)

O PIDESC não deixa dúvidas quanto ao direito à educação, cujo livre exercício deve ser garantido pelos Estados em todos os níveis, ou seja, o imediato para nível

primário e progressivo para o resto. Neste sentido, o CODESC precisa em seu Comentário Geral No. 13, parágrafo 47 que o PIDESC não permite "A admissão de medidas regressivas tomadas em relação ao direito à educação, e outros direitos previstos no Pacto"

Entre as obrigações específicas dos Estados, o CODEC enfatiza, por meio do mencionado Comentário Geral, parágrafos 50 e 53, nos seguintes elementos:

- Respeitar a disponibilidade da educação, não fechando escolas privadas;
- Proteger o acesso à educação, garantindo que terceiros, incluindo os pais e os empregadores, não impeça que as meninas frequentem a escola;
- Facilitar a aceitabilidade da educação, tomando medidas positivas para garantir que a educação seja culturalmente adequada para as minorias e os povos indígenas, e de boa qualidade para todos;
- Assegurar a capacidade de adaptação da educação através da concepção de erer recursos que refletem as necessidades contemporâneas de estudantes em um mundo em mudança;
- Garantir a disponibilidade da educação, desenvolvendo ativamente um sistema de escolas, incluindo salas de aula de construção, fornecimento de programas, fornecendo materiais de ensino, formação de professores e pagando salários competitivos a nível nacional; (...)
- Estados Partes têm a obrigação de garantir que um sistema de bolsas de estudo para ajudar os grupos desfavorecidos.

Además, el Comité de Derechos Económicos, Sociales e Culturais recuerda en Observación General Num. 13, §56, la obligación de todos los Estados parte de: “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, para el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto, como el derecho a la educación”.

3.1.2 Violações pelos Estados de suas obrigações em relação ao direito à educação

Para o CODEC, a violação do artigo 13 podem - de acordo com o Comentário Geral nº 13, parágrafo 56 - incluem:

- A adoção de leis, ou falta de revogar as leis que discriminam indivíduos ou grupos, em qualquer um das razões proibidas, no campo da educação;
- Deixar de tomar as medidas que abordam a discriminação de facto na educação;
- A implementação de programas incompatíveis com os objetivos educacionais estabelecidos no parágrafo 1 do artigo 13;
- A falha em manter um sistema transparente e eficaz de controlo da conformidade com o parágrafo 1 do artigo 13;
- Falta de implementação, como prioridade, do ensino primário obrigatório e gratuito para todos;
- Falta de adopção de medidas "concretas, direccionadas deliberada," para a realização progressiva do ensino secundário, superior e fundamental, de acordo com os parágrafos b) c) d) do n.º 2 do artigo 13.º;
- A proibição de instituições privadas de ensino;
- Falta de asseguramento das instituições privadas de ensino em conformidade com as "normas mínimas educacionais" disponíveis aos parágrafos 3 e 4 do artigo 13;
- A negação da liberdade académica de professores e alunos; o fechamento de instituições educacionais em tempos de tensão política, sem se conformar com as disposições do artigo 4.

3.2 O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

O Brasil, como signatário dos tratados internacionais⁶⁴, está obrigado a respeitar, proteger e promover os direitos humanos.

⁶⁴ Valério Mazzuoli (Mazzuoli, 2008, p. 749), cita de la siguiente manera los tratados y convenciones en derechos humanos ratificados por Brasil:

a) Convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, instituída pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952, concluída em Paris a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas; tendo sido depositado no secretariado geral da Organização das Nações Unidas, em Lake Success, Nova York, a 15 de abril de 1952;

b) Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, recepcionada internamente pelo Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961, embora haja sido concluída em Genebra em 28 de julho de 1951;

c) Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, recepcionado no Brasil pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992, embora o referido ato internacional foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966;

d) Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, adentrado ao ordenamento jurídico pátrio em decorrência do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978;

e) Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, recepcionado, recepcionado no Brasil pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992, mas discutido, votado e aprovado na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966;

Agora, por que falamos de obrigações de respeitar, proteger e promover? Tendo em conta as teorias da tipologia das obrigações do Estado, inicialmente desenvolvida por Henry Shue. De acordo com a sua “tipologia tripartida de deveres”, o reconhecimento de um “direito básico” dá luz a deveres para o Estado em três diferentes níveis:

- a. Um dever de evitar privar qualquer titular desse direito de exercer as condições necessárias;
- b. Um dever de proteger os indivíduos de terem o seu direito violado por outras pessoas; e
- c. O dever de ajudar aqueles que não podem satisfazer a lei por se. (SHUE, 1996, p. 52 *apud* PANNUNCIO, 2009, p.65)

Na mesma linha de argumentação, Asbjorn Eide, argumentou que as obrigações do Estado em relação aos direitos sociais e culturais incluem obrigações em três níveis diferentes:

- a. Dever de respeitar os recursos individuais, permitindo que as pessoas satisfaçam suas necessidades por se mesmos;
- b. Dever de proteger os indivíduos de interferências por parte de "sujeitos agressivos" no exercício da sua liberdade de ação; e
- c. Um dever de ajudar aqueles que não podem satisfazer o direito por si próprios (EIDE, 2001, PP. 9-28 Y 23-24 *apud* PANNUNCIO, 2009, p.66)

f) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, conforme o Decreto 65.810, de 8 de dezembro de 1969, aberta à assinatura em Nova York e pelo Brasil 7 de março de 1966; e havendo sido depositado de Ratificação, junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, a 27 de março de 1968;

g) Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, nos termos do Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991, pactuado na Assembléia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova York, adotou a 10 de dezembro de 1984;

h) Convenção sobre os Direitos da Criança, conforme o Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990, a qual entrou em vigor internacional em 02 de setembro do mesmo ano;

i) Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, conforme o Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, decorrente do Ato Internacional entrou em vigor internacional em 1º de julho de 2002;

j) Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, promulgado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, convencionado em Nova York, em 30 de março de 2007 e aprovado, segundo o procedimento estabelecido no §3º do Art. 5º da CRFB/1998, pelo Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, expedido pelo Congresso Nacional.

Esta tipologia, de acordo com o autor mencionado, é válida tanto para direitos civis e políticos (que podem ser relacionados aos conceitos de Shue de “direitos de segurança” e “liberdades”) quanto para direitos econômicos, sociais e culturais (que se encaixam na sua proposta de “direitos de subsistência”).

Traduzido essas obrigações ao caso da educação, são estas que o Estado brasileiro deve assumir:

O dever de respeitar significa que o Estado não pode criar obstáculos ou impedir o exercício do direito humano à educação. Isso implica obrigações de abstenção, pois trata daquilo que os Estados não deveriam fazer. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.26)

Consequentemente, conforme determina o CODESC no Comentário Geral 13, parágrafo 47

O Estado tem, a este nível, a obrigação de respeitar esse direito, evitar medidas que dificultam ou impedem a sua fruição, ou que restrinjam arbitrariamente a liberdade de escolher a formação mais adequada para o fórum interno de cada pessoa (ou, no caso de menores idade, de acordo com seus pais ou responsáveis) "

Um exemplo claro é, impedir que as pessoas se eduquem, que organizem cursos livres em suas comunidades ou pela internet, ou que abram escolas, desde que respeitem as condições estabelecidas nas normas sobre o tema. Envolve, portanto, a liberdade de ensinar e aprender, desde que respeitadas as normas gerais que regulamentam o ensino formal.

O dever de proteger: exige que o Estado atue (obrigação ativa). É necessário tomar medidas para evitar que terceiros (pessoas, grupos ou empresas, por exemplo) impeçam o exercício do direito à educação.

A este nível, o Estado assume obrigações de protecção que são especificados de acordo com o CODESC no seu Comentário Geral nº 13, parágrafo 50:

“[...] em proteger a disponibilidade, acessibilidade, adaptabilidade e aceitabilidade da educação, assegurando que os terceiros, incluindo os pais e os empregadores, não violam o direito à educação das crianças, v. gr., negando-lhes o acesso às escolas ”.

Por exemplo “(...) no Brasil, o ensino é obrigatório entre 4 e 17 anos; nem mesmos pais, mães ou responsáveis de uma criança ou adolescente podem impedir seu acesso à escola, cabendo ao Estado atuar na proteção de seu direito, garantindo-lhe o acesso à escola”. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.26)

O dever de promover: É a principal obrigação ativa do Estado e refere-se as ações públicas que são adotadas para a realização e o pleno gozo dos direitos humanos. "Estas são as leis que definem como deve ser a educação e a formação no país, as políticas públicas que concretizam o direito à educação, o investimento em infra-estrutura escolar, etc." (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.26)

Neste ponto, o Estado, de acordo com o CODEC no Comentário Geral nº 13, parágrafo 46:

“[...] assume a obrigação de oferecer oportunidades através de medidas positivas que permitem aos indivíduos e comunidades desfrutar do direito à educação, ou a obrigação de fornecer serviços educacionais para atender as necessidades das pessoas. Estas obrigações para facilitar e proporcionar classificam-se como obrigações de conformidade”.

Assim, seguindo a linha de argumento do CODEC, no Comentário Geral nº 13, parágrafo 48:

“[...] Considera-se que os Estados têm a responsabilidade primária pela prestação direta da educação na maioria das circunstâncias; Os Estados Partes reconhecem, por exemplo, que "deve ser activamente prosseguido o desenvolvimento do sistema de ensino em todos os níveis da educação" (alínea e) do n.º 2 do artigo 13). Em segundo lugar, dada a redacção diferencial do parágrafo 2 do artigo 13.º no que diz respeito ao ensino primário, secundário, superior e fundamental, os parâmetros pelos quais a obrigação do Estado Parte de cumprir as medidas (fornecer) não são os mesmos para todos os níveis de ensino. Assim, à luz do texto do Pacto, a obrigação dos Estados Partes para cumprir (fornecer) é aumentada em relação ao direito à educação, mas a extensão desta obrigação não é a mesma para todos os níveis de ensino. O Comité observa que esta interpretação da obrigação de cumprir (fornecer) em relação ao artigo 13 coincide com a lei e a prática de numerosos Estados Partes.”

Estes são, portanto, as obrigações diretas que incumbem ao Estado, e devem reunir-se para assegurar o direito humano à educação.

3.2.1 Características del tenor constitucional brasileiro sobre el Derecho a la Educación

A Constituição Federal do Brasil (art. 206) fala em princípios a serem seguidos para garantir direito humano à educação:

I. Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola: Ou seja, não pode haver discriminações e o Estado deve garantir as condições para que todos possam estudar, oferecendo, por exemplo, transporte escolar a quem mora longe da escola. Esse princípio também reforça a necessidade de assegurar um padrão nacional de qualidade em todas as escolas do país.

II. Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber: Garante ao corpo docente e a estudantes a liberdade de manifestar ideias e pensamentos no ambiente escolar, tanto nas escolas públicas como nas privadas.

III. Pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino: Os sistemas de ensino devem respeitar as diferenças filosóficas, teóricas e pedagógicas que o professorado, estudantes, pais e escolas podem ter. Além disso, o Estado não pode proibir a abertura de escolas privadas, mas deve estabelecer regras para sua criação e funcionamento de acordo com o direito humano à educação. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.37)

IV. Gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais: Ou seja, em todos os níveis e modalidades o ensino público deve ser gratuito, sendo proibida a cobrança de qualquer taxa ou mesmo qualquer pagamento relacionado às atividades escolares (por exemplo, é ilegal a organização de atividades escolares que dependam de “contribuição” dos pais, a cobrança de taxas para a realização de provas, a venda de uniformes, etc).

V. Valorização dos profissionais da educação escolar: Exige una definición concreta y específica del sistema de carrera docente y la garantía de formación (inicial y en servicio), condiciones adecuadas de trabajo y salario dignos, además del

reconocimiento y de Exige definição de planos de carreira específicos e a garantia de formação (inicial e em serviço), condições adequadas de trabalho e salário digno, além do reconhecimento da importância social da profissão docente e dos demais trabalhadores da educação. la importancia social de la profesión docente y de los demás trabajadores de la educación. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.37)

VI. Gestão democrática do ensino público: A legislação (LDB e ECA) diz que os profissionais da educação, os pais, mães e responsáveis legais, além dos estudantes, devem participar da elaboração do projeto político pedagógico da escola e que a comunidade tem o direito de participar nos conselhos escolares. Além da escola, o sistema de ensino deve contar com espaços de participação social para a gestão democrática, como conselhos e conferências periódicas. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.37)

VII. Garantia de padrão de qualidade: A educação pública precisa respeitar um padrão de qualidade definido nacionalmente. De acuerdo a DHDESC:

Esse padrão deve assegurar a todos os estudantes condições semelhantes de aprendizado adequado, respeitada a diversidade de expectativas educacionais. Uma das formas de se estabelecer tal padrão é determinar quais os insumos mínimos que devem ser assegurados a todas as escolas, por exemplo: infraestrutura escolar, quadras esportivas, número de estudantes por sala, material didático-escolar, formação e remuneração dos professores e funcionários, etc. Temos poucos avanços na definição desses padrões, no entanto, nos sistemas estaduais e municipais de ensino é comum seu estabelecimento, sobretudo pelos Conselhos de Educação. Do ponto de vista nacional, um avanço significativo foi a discussão e aprovação do Parecer nº 8, de 2010, do Conselho Nacional de Educação, que estabelece os padrões mínimos de qualidade de ensino para a educação básica pública e calcula o Custo Aluno Qualidade Inicial – CAQi (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.38)

VIII. Piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública: Esse princípio foi incluído na Constituição recentemente, em 2006. Em 2008, foi aprovada a Lei 11.738, que estabeleceu o valor do piso salarial do magistério, valor abaixo do qual nenhum(a) professor(a) pode receber, e os prazos de sua implementação nacional. (DA CUNHA, NOVELINO, 2012, p. 941). Pela lei, o piso deve estar vinculado à carreira dos profissionais do magistério, que deve prever uma valorização efetiva da profissão.

Essa garantia precisa ser ampliada aos demais trabalhadores da educação, como prevê a Constituição. Além disso, a Lei do Piso determina que as carreiras devem reservar no mínimo 1/3 da jornada semanal de trabalho para atividades fora de sala de aula, de planejamento e preparação pedagógica, o que é muito importante para a realização dos princípios da gestão democrática e da garantia de qualidade do ensino.. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.37)

Como a Constituição estabelece os princípios e prevê os direitos, mas não prevê detalhadamente como estes devem sair do papel, é preciso elaborar outras leis, que devem estar de acordo com o que determina a Constituição, que é a lei máxima. A lei de leis.

3.2.2 A organização do ensino.

A educação é um direito garantido pela Constituição Federal de 1988. Em seu artigo 6 da Constituição estipula que a educação, juntamente com habitação, trabalho, lazer, saúde, entre outros, é um direito social. Ou seja, eles não são favores ou contribuições de caridade do Estado para com as pessoas.

Pelo contrário, como é entendida como um direito, a educação pode e deve ser exigida aos órgãos competentes, quando esse direito foi violado ou infringido. Mais tarde, o artigo 205 da Constituição dos Estados Federal diz que: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

É explícito então, o dever do Estado e direito de todos, sem distinção, no que diz respeito à educação. Entende-se também que a família tem deveres (por exemplo, os pais são obrigados a matricular seus filhos na escola) e que a educação visa o desenvolvimento integral da pessoa e a preparação e para a inserção cidadã.

O fato de a Constituição citar ainda a qualificação para o trabalho não significa ser esse seu objetivo principal, como muitas vezes se tenta interpretar. A educação

profissional, para respeitar sua natureza de direito social constitucional, precisa estar integrada à concepção ampla de educação, possibilitando a inserção autônoma e qualificada no mundo do trabalho. De acordo com DHESCA:

“A educação profissional, para manter a sua natureza social do direito constitucional, precisam ser integradas em uma concepção mais ampla da educação, permitindo a inserção autônoma e qualificada no mundo do trabalho”. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.26).

Não se nega que as necessidades da vida e o avanço tecnológico exijam que as pessoas estejam cada vez mais qualificadas para o trabalho e que uma das formas de se conseguir isso é por meio da educação. No entanto, o desenvolvimento da pessoa implica muitas outras dimensões, principalmente o pleno desenvolvimento das capacidades humanas e o consequente preparo ao exercício da cidadania.

3.2.2.1 As Leis Brasileiras

No caso da educação, temos duas leis importantes, que são essenciais:

- a. **El Estatuto del Niño y del Adolescente – ECA** (Ley 8.069, de 1990) el cual establece importantes principios y obligaciones en el campo educacional.
- b. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB** (Lei 9.394 de 1996), que detalla os direitos e organiza os aspectos gerais do ensino. Además de casi que transcribir palabra por palabra los principios que la Constitución Federal refiere para la educación nacional, la LDB, en su artículo 3º, adiciona algunos otros:

i. Valorização da experiência extraescolar: cada estudante possui vivências fora da escola (por exemplo, trabalha ou participa de um grupo cultural, político ou religioso) que devem ser levadas em conta pelos profissionais da educação como forma de enriquecer o trabalho pedagógico. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, P.38)

ii. Vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais:

Esse princípio também se refere ao mundo fora da escola. Significa que o ensino precisa estar relacionado com o trabalho e atividades sociais, que são aspectos importantes na vida de qualquer pessoa. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, P.38)

Vale destacar ainda o que diz o **Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA** (Lei nº 8.069/90) sobre o direito à educação. Essa lei em seu artigo 53, que determina prioridade absoluta à garantia dos direitos de crianças e adolescentes, garante, por exemplo, o direito de ser respeitado por educadores, o direito de organização e participação em entidades estudantis, o direito de tomar conhecimento dos critérios para a atribuição de notas e de pedir reavaliação e o acesso à unidade de ensino próxima à sua residência (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, P.38)

iii. Programas Complementarios de la Formación: um dos princípios da educação brasileira é a igualdade de oportunidades, pois não adianta construir ótimas escolas e contratar excelentes profissionais da educação, se as(os) estudantes não podem chegar até lá ou não conseguem acompanhar as aulas porque não podem comprar o livro pedido.

Por esse motivo, a Constituição (art. 208, inciso VII) estabeleceu os chamados **Programas Suplementares ao Ensino**. São eles: material didático-escolar (livro e uniforme, por exemplo), transporte, alimentação e assistência à saúde. O ECA (art. 54, inciso VII) e a LDB (art. 4º, inciso VIII) reafirmam o que diz o texto constitucional, reforçando esses direitos. (DA CUNHA, NOVELINO, 2012, p. 941)

Vale ressaltar que as autoridades competentes são obrigadas a oferecer esses programas para todas as etapas da educação básica (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio). Se fizerem isso de maneira irregular ou não o fizerem, podem ser processadas por crime de responsabilidade.

vi. Transporte Escolar gratuito: O transporte escolar gratuito é um direito porque está relacionado a dois princípios da educação que já vimos. Por um lado,

assegura que cada estudante chegará à escola (igualdade no acesso). Por outro, garante que a educação pública seja efetivamente gratuita, pois sem ele a pessoa que estuda longe de sua casa precisa pagar pelo deslocamento. Uma pessoa que mora na zona rural e que para chegar à escola precisa passar por barreiras naturais de todo tipo ou outra que mora em uma grande cidade e vive em uma região de muita violência. É certo que seu aproveitamento na escola não será o mesmo que o do restante da turma. (DA CUNHA, NOVELINO, 2012, p. 941)

Por isso, a LDB determina que os municípios devem oferecer o transporte aos estudantes de sua rede de educação infantil e ensino fundamental. Aos estados cabe garantir o transporte gratuito aos estudantes de sua rede de ensino fundamental e médio. A União repassa recursos a estados e municípios para a aquisição e manutenção dos veículos. La ley exige que esos recursos sean aplicados respetándose las leyes de tránsito.

De acordo com Dhesca a este respeito:

“ainda é muito comum ver estudantes transportados em veículos de carga, os chamados “paus dearara”. Acidentes fatais acontecem. Nesses casos, a responsabilidade é tanto do município ou estado que contratou o veículo como da União que o financia. Mas é óbvio que não podemos esperar que esse tipo de fatalidade aconteça para que se exija a oferta adequada de transporte escolar gratuito. Todas as pessoas têm o poder de fiscalizar irregularidades e omissões na oferta dos programas suplementares ao ensino. Lembrando que o transporte escolar gratuito é uma alternativa, mas sempre deve ser priorizada a obrigação de assegurar escola próxima à residência dos estudantes, inclusive nas zonas rurais” (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.40)

vi. Material Didático Escolar: todos os estudantes da educação pública têm direito ao material didático-escolar gratuito. Essa é a única forma de se assegurar, na prática, a igualdade de condições de acesso e permanência na escola, além de sua efetiva gratuidade.

No caso dos livros escolares, a maioria das escolas públicas brasileiras recebe exemplares enviados pelo Ministério da Educação – MEC e escolhidos previamente por professores e professoras de cada série e disciplina da educação básica. Os alunos do ensino fundamental e médio matriculados nas redes públicas, inclusive da educação de

jovens e adultos, participam do Programa Nacional do Livro Didático, que seleciona e distribui todos os livros de todas as disciplinas.

É possível ainda solicitar ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, órgão vinculado ao MEC, dicionários de língua portuguesa para uso pessoal do(a) aluno(a), obras de literatura e livros em braille para estudantes com deficiência visual. No entanto, ainda é comum a discriminação dos estudantes com necessidades educacionais especiais, mesmo quando inseridos em salas regulares, devido à não universalização do acesso aos livros em braille ou com caracteres ampliados. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.41).

Agora bem, O uniforme (ou fardamento, como é conhecido em algumas regiões do Brasil) também é considerado material didático escolar:

Ainda hoje, muitas escolas públicas obrigam estudantes a usar uniforme e não o oferecem de maneira gratuita. Tal medida pode configurar uma discriminação em função da renda, pois tende a excluir o estudante sem condições de adquiri-lo, além de estabelecer um constrangimento ilegal. Por esse motivo, o uniforme só pode ser obrigatório se a escola ou o sistema de ensino o fornece gratuitamente e em quantidade e qualidade adequadas. Mesmo nesse caso, a ausência de uniforme não pode impedir o acesso dos estudantes às escolas públicas [...]

[...] Além disso, recordamos: todo material didático-escolar fornecido gratuitamente faz parte do patrimônio público, tanto aquele que o estudante leva para casa como o que permanece na escola. Não pode ser comercializado em nenhuma hipótese. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.41)

Por fim, é irregular na rede pública a cobrança de taxa ou “contribuição” para a realização de provas, recuperações, históricos, declarações, etc. Também se proíbe nas escolas da rede pública a exigência de lista de material (como papel, cola, lápis, giz, etc.) paga pelos pais, mães ou responsáveis.

vi. Alimentación escolar: A legislação (Lei 11.947, de 2009) define a alimentação escolar como direito dos estudantes da rede pública. Assim como no caso do transporte, o governo federal ajuda estados e municípios a cumprirem sua obrigação legal de oferecer alimentação a estudantes das escolas públicas. Os recursos são repassados e usados para a compra e o preparo dos alimentos. Pela legislação, os recursos precisam ser aplicados principalmente em alimentos naturais, não processados, como cereais, legumes, frutas, verduras e carnes, sempre respeitando os

hábitos alimentares locais. Os cardápios devem ser montados por nutricionista. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, P.38)

As organizações não governamentais que garantam a realização deste direito, argumentam que Estados e municípios precisam, então, investir recursos próprios – o que nem sempre acontece. E assim, ao invés de um cardápio equilibrado, os estudantes acabam consumindo “o que tiver no dia”. Muitas vezes, por ausência de pessoal especializado, compram-se produtos industrializados, de preparo “fácil”.

De acordo com DHESCA BRASIL e a ONG Ação Educativa, outro grande problema está relacionado com a forma de aquisição e armazenamento de produtos. Assim:

“Muitas redes de ensino descentralizam a compra dos alimentos, repassando o dinheiro direto para as escolas adquiri-los, geralmente com a participação de seu conselho; outras fazem as compras de forma centralizada, distribuindo-as em seguida. Em ambos os casos é fundamental o acompanhamento e o controle por parte da sociedade civil organizada, evitando-se o desperdício de gêneros, a entrega de produtos de baixa qualidade e a aplicação irregular dos recursos. [...] Infelizmente, muitos são os casos relatados de desvio de dinheiro destinado à compra da merenda escolar. Para combater tais desvios, devem ser fortalecidos os Conselhos de Alimentação Escolar e a sociedade deve fiscalizar a compra, entrega e preparo dos gêneros, ouvindo sempre a avaliação dos estudantes. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.41)

c. Plano Nacional de Educação (Lei 10.172, de 2001), que estabelece diretrizes e metas a serem alcançadas no prazo de dez anos.

Como a educação envolve processos que vão além da escola, é importante destacar que abaixo estão listadas principalmente as obrigações do Estado em relação à educação escolar (ensino). Esta, segundo a LDB, está dividida em dois grandes níveis, educação básica e educação superior.

3.2.2.2 Educación y enseñanza

Para facilitar a compreensão dos deveres do Estado, da família e da sociedade em geral, a legislação brasileira faz a diferenciação entre a educação e o ensino. A educação é um conceito amplo, abrangendo “os processos formativos que se

desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais” (Lei 9.394/1996, art. 1º).

“A educação, nesse sentido amplo, é um dever compartilhado por todos os atores sociais e todos são livres para promover cursos e estudos livres, desde que não violem as demais normas de direitos humanos. Ao Estado cabe respeitar e proteger essa liberdade.” (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.29)

Já o ensino é a parte da educação que acontece em instituições escolares de educação básica e superior. O ensino é regulamentado, tem currículo e formas de funcionamento previstos em normas jurídicas e, além disso, leva à certificação em cada etapa de escolaridade (fundamental, média, técnica, superior, etc). O Estado tem o dever de promover o ensino, assegurando a todos oportunidades de formação escolar.” (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, P.29). O Estado brasileiro tem o dever de promover a educação, garantindo oportunidades de todos escolaridade.

3.2.2.2.1 Educação infantil

Atende crianças até 5 anos em creches (0 a 3 anos) e pré-escolas (4 a 5 anos). Seu objetivo é promover o desenvolvimento integral, “em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade” (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, P.30)

A educação infantil é duplamente protegida pela Constituição Federal de 1988: tanto é direito das crianças como é direito dos(as) trabalhadores urbanos e rurais em relação a seus filhos e dependentes.

Ou seja, a educação infantil é um exemplo vivo da indivisibilidade e interdependência que caracterizam os direitos humanos, pois reúne em um mesmo conceito vários direitos: ao desenvolvimento, à educação, ao cuidado, à saúde e ao trabalho. (CF, art. 7º, XXV, e art. 208, IV). Seu reconhecimento na Constituição de 1988

é expressão do dever de toda a sociedade, representada pelo Estado, com o cuidado das crianças pequenas, e sua implementação representa o enfrentamento das desigualdades de gênero, entre homens e mulheres, pais e mães (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, P.29)

3.2.2.2.2 Ensino fundamental

Com duração mínima de nove anos, também conhecida como “educação primária”, é a etapa que objetiva o:

“[...] desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo; a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social” (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, P.30)

É a primeira etapa educacional que foi reconhecido como um direito humano universal.

3.2.2.2.3 Enseñanza media

É a etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos. A Constituição prevê que deve ser progressivamente universalizado, de modo a atender a todas as pessoas que terminam o ensino fundamental, inclusive os jovens e adultos que não tiveram oportunidade de cursá-lo. Pode ser oferecido de forma integrada à educação profissional..

Interessante notar, tal como a PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA que até 2009, a escolaridade obrigatória foi limitada ao fundamental das crianças e adolescentes. Porém:

“A Emenda Constitucional nº 59, de 2009, modificou o art. 208 da Constituição Federal para ampliar a obrigatoriedade. Quando falamos que o ensino é obrigatório, estamos querendo dizer que todas as crianças e adolescentes nessa idade devem estar

na escola, seja na zona rural ou na urbana, seja uma criança com deficiência ou não. A ausência de matrícula ou frequência escolar pode levar à responsabilização tanto dos genitores ou responsáveis como das autoridades públicas, cabendo às escolas, aos Conselhos Tutelares e ao Ministério Público monitorar a frequência dos estudantes. Com a Emenda Constitucional nº 59 ficou estabelecido que, progressivamente, até 2016, toda a educação básica será obrigatória para as crianças e adolescentes com idade entre 4 e 17 anos. É importante destacar que o dever do Estado vai além da educação obrigatória. Esse é o caso do direito à educação infantil para menores de 4 anos e do ensino fundamental e médio para maiores de 17, que são direitos dos genitores e estudantes, mesmo que não seja obrigatória a matrícula. Nesse caso, o Estado (Poder Público) tem o dever de assegurar vagas e frequência a todos(as) os que manifestem o interesse em frequentar uma instituição pública de ensino, inclusive aos adultos que não puderam concluir a educação básica quando crianças.” (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.30)

Níveis e etapas são a base da estrutura da educação escolar, a ser utilizado para fins de certificação escolar. Isto significa que a conclusão dessas etapas (ensino fundamental e ensino médio) e níveis (educação básica e ensino superior) abre a possibilidade de graduação.

3.2.2.2.4 Modalidades diferenciadas

Na legislação brasileira há também modalidades e formas diferenciadas de oferta, que não se relacionam com os níveis e etapas já descritas por tais leis, mas eles têm que estar relacionada com a capacidade de adaptação da oferta educativa:

a. Educação especial inclusiva

É a modalidade complementar de ensino destinada aos estudantes com deficiência, não substituindo, no entanto, o ensino regular. De acordo com DHESCA:

“A Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos, principalmente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), que foi incorporada ao direito brasileiro por meio do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, proíbem todas as formas de exclusão das pessoas com deficiência, devendo a educação ser inclusiva em todos os seus aspectos.” (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, P.30)

Essa Convenção veio reforçar o princípio da não discriminação já presente em diversos documentos legais, como a Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino. A Convenção foi aprovada com status de emenda constitucional (Constituição de 1988, art. 5º, § 3º)

Isso tem dois significados fundamentais: a) os direitos, deveres e obrigações nela contidos têm aplicação imediata; b) tais direitos, deveres e obrigações são superiores às leis e a outras normas que, no caso de serem contrárias à Convenção, são automaticamente revogadas ou devem ser interpretadas de forma a fazer valer o documento internacional.

Assim, é importante deixar claro que as pessoas com deficiência gozam de todos os direitos previstos na Constituição e nas leis, inclusive o direito à educação. Por exemplo, como vimos acima, a todos é devida a educação básica de qualidade.

No caso dos estudantes com deficiência, a Constituição determina que, além desse básico regular, devem ser asseguradas as condições necessárias à sua inclusão educacional. Um exemplo é o fornecimento de livros em braille ou com caracteres ampliados para os estudantes com deficiência visual. Assim, educação especial não significa escola ou sala especial, e sim, como diz a própria Constituição, “atendimento especializado” complementar à escolarização regular. (CF, art. 3º, IV; art. 5º, caput; e art. 208, III).

No Brasil, é crime “recusar, suspender, procrastinar [adiar], cancelar ou fazer cessar matrículas de pessoa com deficiência” (Lei 7.853/1989, art. 8º, inciso I)”. A provisão denota o compromisso educativo para as pessoas em geral, e em particular, e o peso das obrigações que o Estado tem a este respeito.

b. Educação de jovens e adultos – EJA

Atende aquelas pessoas que não tiveram acesso ou não terminaram o ensino fundamental ou o ensino médio quando criança ou adolescente. A organização das aulas e os conteúdos têm que levar em consideração as características, os interesses,

as condições de vida e de trabalho e a bagagem cultural desses estudantes (LDB, art. 37). Segundo a legislação brasileira, todas as pessoas com idade superior a 15 anos têm o direito de cursar e concluir o ensino fundamental na modalidade EJA e todas as pessoas com mais de 18 anos têm o direito de cursar e concluir o ensino médio na mesma modalidade.

c. Educação profissional e tecnológica

Deve se articular preferencialmente com a educação de jovens e adultos e o ensino médio, bem como às dimensões do trabalho, da ciência e da tecnologia. Pode ser oferecida tanto em cursos autônomos de formação inicial e continuada ou qualificação profissional como de forma integrada à etapa de ensino médio.

d. Educação no campo

Para a população da zona rural, a educação básica também deve ser adaptada às características da vida no campo e de cada região. Além de mudanças no conteúdo para torná-lo mais adequado às necessidades e interesses dos(as) estudantes, a escola pode adaptar seu calendário às safras agrícolas (LDB, art. 28). O fundamental é que seja respeitada a identidade da educação das pessoas que vivem no campo e que não sejam forçadas a percorrer longas distâncias para frequentar escolas situadas nas cidades.

Nesse caso, ganha muita relevância o respeito à adaptabilidade do ensino e a construção da proposta pedagógica deve envolver os diferentes povos, respeitando suas demandas e particularidades.

e. Educação escolar indígena

Los pueblos indígenas tienen derecho a una educación escolar bilingüe (en lengua materna y portugués). Según la Constitución Federal y la LDB, sus objetivos principales son recuperar las memorias históricas, reafirmar las identidades étnicas; valorizar sus lenguas y garantizar a los indígenas, sus comunidades y pueblos el acceso a las informaciones, conocimientos técnicos y científicos de la sociedad nacional y demás sociedades indígenas y no indígenas. (CF, art. 2010, § 2º; e LDB, art. 78). En ese caso, gana mucha relevancia el respeto a la adaptabilidad de la formación y la construcción de propuesta pedagógica debe envolver los diferentes pueblos, respetando sus demandas y particularidades.

f. Educação escolar quilomba

A legislação brasileira vem reconhecendo cada vez mais o direito humano das populações quilombolas, em uma realidade marcada por profundos conflitos pela posse da terra:

Hoje os quilombos são reconhecidos como comunidades negras rurais e urbanas habitadas principalmente por descendentes de africanos escravizados, que mantêm laços de parentesco e de identidade. Seu surgimento esteve relacionado à resistência dos povos escravizados no Brasil, que no quilombo encontraram uma forma de organização para enfrentar a opressão do Estado escravista e ao mesmo tempo preservar e valorizar a cultura africana, religiosa ou não. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.33)

A Constituição Federal de 1988 determinou o direito dos povos remanescentes de comunidades quilombolas à “propriedade definitiva” de suas terras ancestrais. O mais reconhecido é o Quilombo de Palmares (AL), mas há mais de 1.200 comunidades certificadas e centenas de outras que aguardam reconhecimento oficial. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.33)

g. A educação dos grupos especiais da população

Expande a este respeito a ONG que Outros grupos não são citados de maneira explícita na LDB e no capítulo da Constituição Federal que trata da educação, mas devem ter seus direitos educacionais igualmente assegurados, pois sua exclusão significaria discriminação. A legislação brasileira mais recente vem reconhecendo cada vez mais o direito dessas populações específicas.

Os epitomes dessas populações são:

i. Pessoas privadas de liberdades: Além de documentos internacionais, o direito à educação escolar nas prisões está especificado no Plano Nacional de Educação – PNE e na Lei de Execução Penal – LEP (Lei 7.210/84). No Brasil, do acordo com as ONG's, Plataforma de Direitos Humanos DHESCA Brasil e Ação Educativa: “há mais de 400 mil pessoas em situação de privação de liberdade, sendo a grande maioria composta por jovens com baixa escolaridade”. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.33)

Além de documentos internacionais, o direito à educação escolar nas prisões está especificado no Plano Nacional de Educação – PNE e na Lei de Execução Penal – LEP (Lei 7.210/84)⁶⁵ do Ministério da Educação. As Diretrizes estabelecem importantes parâmetros para a realização do direito à educação dessa população, que deve estar plenamente integrada ao sistema de ensino, contar com professores qualificados e valorizados, possibilitando a certificação do estudante e a continuidade dos estudos. Além disso, deve estar integrada e em harmonia com o direito ao trabalho da pessoa privada de liberdade, de modo que o horário de um não inviabilize o outro.

Outra conquista legal importante para o reconhecimento do direito à educação dessa população foi a aprovação da Lei nº 12.433, de 2011, que regulamenta o direito à remissão penal pelo estudo, ou seja, o direito a reduzir um dia de pena para cada três dias de escolarização.

⁶⁵ Resolução CNE/CEB 2/2010. Diário Oficial da União, Brasília, 20 de maio de 2010, Seção 1, p. 20.

ii. Migrantes: A condição de estrangeiro, com ou sem autorização legal para viver no Brasil, também não deve impedir o acesso à educação. Ao entender que a educação é um direito humano, não podemos excluir ninguém, nem aquelas pessoas que não são consideradas cidadãs em determinado país. A ausência de documentos ou de certidões escolares também não deve impedir a matrícula e frequência dos estudantes.

Da mesma forma:

“Também viola os direitos humanos o estabelecimento de condições inferiores de ensino aos migrantes. As escolas que recebem a população migrante devem estar adaptadas à diversidade cultural e linguística, que deve ser encarada como um fator da inclusão escolar e de qualificação do ensino.” (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.36)

3.2.2.3 Gestão educacional nos governos federal, estadual e municipal

A Constituição e as leis estabelecem responsabilidades e prioridades para a aplicação dos recursos na educação. Cada ente federado – é assim que chamamos municípios, estados, Distrito Federal e União, porque são membros da Federação brasileira – tem obrigações próprias. As responsabilidades pela garantia do ensino são divididas e deve haver colaboração entre eles.

Aos municípios cabe o investimento prioritário na educação infantil e no ensino fundamental. Para poderem atuar em outros níveis de ensino (como o ensino médio ou a educação superior), não pode existir nenhuma criança fora da creche ou da pré-escola na cidade, por exemplo (LDB, art. 11, inciso V). (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.36)

Os Estados, por sua parte:

[...] devem investir prioritariamente nos ensinos fundamental e médio. Também estão autorizados a investir no ensino superior público. A divisão de responsabilidades se aplica também às modalidades, por isso, tanto os estados como os municípios devem assegurar educação de jovens e adultos na etapa de ensino fundamental, cabendo prioritariamente ao estado assegurá-la no ensino médio e na educação profissional. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.36)

O Distrito Federal (Brasília), que é um ente federado com características específicas, reúne tanto as responsabilidades municipais quanto estaduais.

Além de manter sua rede federal de ensino superior e técnico-profissionalizante, a União (governo federal), por meio do Ministério da Educação, coordena a política de educação básica de todo o país, elabora normas para a sua execução e reúne e analisa informações sobre educação, como o Censo Escolar, divulgado todos os anos.

Além disso, a União deve colaborar, por meio de transferência de recursos e assistência técnica, com o trabalho feito por estados, municípios e Distrito Federal, “de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino” de acordo com a Constituição, art. 211, § 1º.” (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.36)

Dentro de cada uma dessas áreas de atuação, também cabe aos entes federados estabelecer normas e fiscalizar o funcionamento das instituições privadas de ensino básico e superior.

3.2.3 Orçamento educativo

No Título VI, da Constituição Federal trata da tributação e orçamento (artigos 145-169) e do capítulo II dedicado às finanças públicas (artigos 163-169).

De acuerdo com Uille Gomes:

“No regime democrático brasileiro há uma forte relação entre o Estado e os seus cidadãos e para ser o modelo exato da administração pública, em busca de maior eficiência, é necessário procurar um equilíbrio entre o bem-estar da nação e do crescimento sustentável país. As prioridades das políticas públicas, inclusive na área da educação necessariamente para o desenvolvimento e implementação das finanças públicas, através da qual a previsão de receitas e despesas são feitas, isto é: quais são as fontes de renda e como aumenta o poder público e como o governo irá proceder a administração das despesas, com o objectivo de produzir benefícios sociais.” (UILLE GOMES, 2009, p.193)

De acordo com o autor, disse: "participação popular no desenvolvimento e desempenho financeiro de acompanhamento é essencial como meio de controle social eficiente. É essencial para aumentar a participação popular no controle da Administração Pública, e o primeiro passo é o financiamento participativo". (UILLE GOMES, 2009, p.193)

Para garantir a educação para todos, na Constituição Federal do Brasil estabelece um gasto mínimo anual que a União, Estados, Distrito Federal e municípios devem alocar para as políticas de educação. Eles são chamados de financiamento obrigatório da educação:

i. Constitución Federal, artículo 212: Determina investimentos mínimos anuais. A União deve aplicarem educação pelo menos 18% dos recursos provenientes de impostos (taxas e outras contribuições estão excluídas do cálculo), já descontadas as transferências obrigatórias de parte dos impostos federais a estados e municípios, e 100% dos recursos do salário-educação (uma contribuição social paga pelas empresas). Para estados e municípios, o percentual mínimo é de 25% dos recursos dos impostos.

Os administradores públicos chamam essa obrigação de uso do dinheiro público em determinada área de "vinculação de receita", ou seja, não se pode gastar esses recursos em outra área que não seja a educação. Em alguns lugares, entretanto, esse percentual vinculado é maior, já que estados e municípios podem decidir investir mais em educação e colocar essa decisão na lei local. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.43)

ii. LDB, art. 70: Diz em quais setores esses recursos devem ser usados. São eles: manutenção e desenvolvimento da educação (remuneração e aperfeiçoamento do professorado é um exemplo), construção, aquisição e conservação de instalações e equipamentos, aquisição de material didático, bolsas de estudos para estudantes, levantamentos estatísticos e pesquisas que visem à melhoria do ensino e aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar. Ou seja, os gastos devem estar diretamente relacionados com a atividade de ensino. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.43)

iii. LDB, artículo 71: Detalha quais gastos não podem entrar nos recursos vinculados da educação. Alguns exemplos: alimentação, assistência médica e odontológica, despesas de caráter assistencial, desportivo ou cultural, obras de infraestrutura fora da rede de ensino e pesquisa não vinculadas a instituições de ensino. Também os professores e demais trabalhadores da educação, quando alocados em atividades alheias à manutenção e desenvolvimento do ensino, não podem ser remunerados com os recursos vinculados ao ensino. Nesse caso, não vale, por exemplo, usar o dinheiro da educação para asfaltamento, mesmo que a obra beneficie estudantes de uma escola localizada na rua asfaltada. (PLATAFORMA DHESCA BRASIL E AÇÃO EDUCATIVA, 2011, p.36)

Além da Constituição e da LDB, existe uma lei muito importante que lida com o financiamento da educação. É a lei que criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, Lei 11.494 de 2007.

3.3 O SISTEMA NORMATIVO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO COLÔMBIA

3.3.1 CUADRO CONSTITUCIONAL

A Constituição de 1991 define a Colômbia como um Estado Social e Democrático do direito, participativa e pluralista, baseado no respeito pela dignidade humana. Por mandato constitucional⁶⁶, tratados e convenções internacionais ratificados pelo Congresso que reconhecem os direitos humanos devem prevalecer na ordem interna e os direitos e deveres consagrados na Constituição devem ser interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia.

O reconhecimento do Estado colombiano como um Estado Social de Direito implica obrigações prioritárias pelas autoridades públicas e define todas as políticas

⁶⁶ Constitución Política de Colombia, artículo 93.

estaduais. A inclusão do termo "social", implica um compromisso com o cumprimento dos direitos económicos, sociais e culturais. Um Estado social deve implantar sua ação como diz Madrid-Malo:

“[...] no âmbito das realidades sociais, a fim de tornar a igualdade real e efetiva através da satisfação das exigências vitais dos desfavorecidos. O reconhecimento constitucional como um Estado social de direito enfatiza a necessidade de acabar com a discriminação e corrigir as estruturas injustas que levam a ela, para garantir que a igualdade seja real e eficaz ”. (MADRID-MALO 1998, P. 34)

Assim, no que diz respeito ao problema educacional, a carta levou a várias discussões que apontam a entrada maciça a questão do direito à educação no país

No texto da Constituição de 1991 (CP) a educação não é coberta no capítulo que fala de direitos fundamentais (ou seja, no Título II dos Direitos, Garantias e Deveres, capítulo I dos Direitos Fundamentais), mas ele aparece no capítulo sobre os direitos Sociais, Econômicos e Culturais, onde é considerado um direito fundamental das crianças:

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación¹¹ y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Artigo 44 reconhece a educação como um direito fundamental das crianças. A educação gratuita nas instituições do Estado é constitucionalmente reconhecido "sem prejuízo da possibilidade de cobrança direitos académicos para aqueles que podem pagar".

Mais tarde, o artigo 67 prevê que:

Artículo 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá, como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos, garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales en los términos que señalen la Constitución y la ley.

É claro que, com relação ao direito à educação, o artigo 67 da Constituição reconhece que a educação é um direito do indivíduo e um serviço público que tem uma função social. A Constituição prevê o ensino obrigatório entre 5 e 15 anos, incluindo pelo menos um ano de pré-escola e nove anos de ensino básico.

O Tribunal Constitucional da Colômbia⁶⁷ por várias sentenças que tenha sido pronunciada frente a educação como um direito fundamental, e tem-se argumentado:

El criterio empleado en este momento para determinar si un derecho es fundamental o no consiste en que se otorga “el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal” (CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA, SENTENÇA T-418, 12 DE JUNHO DE 1992. O MAGISTRADO. PONENTE. SIMON RODRIGUEZ).

⁶⁷O Tribunal, como chefe da jurisdição constitucional, está destinado exclusivamente em questões de constitucionalidade e cujo análise é confiada pela Constituição e estabelece, na sua qualidade de intérprete autorizado, as regras jurisprudenciais sobre o âmbito das regras contidas na Constituição. Foi criada em 04 de julho de 1991.

Então, seguindo a anterior linha argumentativa e de acordo com uma série de sentenças do Tribunal Constitucional⁶⁸, podemos dizer que a educação é um direito fundamental, que é inerente e inalienável, essencial à pessoa humana, o que concreta o princípio e o valor material da igualdade consagrado no Preâmbulo da Constituição e nos artigos 5 e 13 o mesmo Carta Política.

Além disso, a educação é explicitamente reconhecida no artigo 44 quando se refere aos direitos fundamentais das crianças, observando, entre outros, o "direito à educação e à cultura."

E mesmo com estes argumentos parecem resolvidos muitas das discussões, acontece o contrário. Aspectos como a educação pública e privada, as metas e objetivos da educação, os processos de avaliação, recursos financeiros, a profissão docente, a promoção automática, o estatuto docente, o ensino gratuito, a Lei Estatutária de Educação, o projeto alternativo da educação, entre outros, que são expostos a partir do argumento global para o mais específico relacionado com a sala de aula, tornaram-se questões ligadas ao trabalho educativo do país e nos problemas inevitáveis quando se fala do direito à educação.

A liberdade de criar estabelecimentos de ensino é reconhecido no artigo 68 da Carta. O mesmo artigo reconhece o direito dos pais de escolher o tipo de educação para suas filhas e filhos menores, apontando, por sua vez, que nas instituições do Estado, nenhuma pessoa é obrigada a receber educação religiosa.

A erradicação do analfabetismo e educação das pessoas com limitações físicas ou mentais ou habilidades excepcionais são designadas como obrigações especiais do Estado

3.3.2 A LEI GERAL DE EDUCAÇÃO (Lei 115 de 1994)

⁶⁸ Entre las que se destacan los fallos de tutela T 02, 09, 15, 402, 420, 421, 429, 450, 488, 492, 493, 500, 519, 524, 539 y 612 del año 1992

A Lei Lei Geral de Educação 115 de 08 de fevereiro de 1994 foi o resultado de ampla discussão e procurou integrá-la consistente com os elementos constitucionais relacionados com a participação, paz, direitos humanos e democracia.

Ele contém as regras gerais que regem o serviço público de educação, mas não o direito à educação. O artigo 1º define a educação como um processo de formação permanente, pessoal, cultural e social, que é baseado em uma concepção abrangente da pessoa humana, sua dignidade, seus direitos e seus deveres.

A lei estabelece as regras gerais que regem o serviço público da educação que serve uma função social. Ao respeito, diz Gustavo Dajer Chadid:

“surgiu uma controversia sobre se o projeto de lei deve ser manuseado como (lei) estatutária. Decidiu-se que, como a educação é um direito e também um serviço público, ao projeto que continuou seu curso no Congresso é subtraída a parte relativa aos direitos e, assim, continuou seu procedimento seguro como a lei que rege o serviço público de educação. Simultaneamente apresentamos outro projeto de lei que foi dado o status de lei estatutária que rege o direito à educação... E o segundo, por razões desconhecidas para nós, não conseguiu ser transaccionado na Primeira Comissão do Senado da República” (DAJER CHADID, 2001, p. 10).

No geral, as questões sobre as quais a lei trata são as seguintes:

A. A definição de serviços educacionais: A definição de serviços educacionais é descrito nos seguintes termos:

“La educación es un proceso de formación permanente, personal, cultural y social que se fundamenta en una concepción integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y de sus deberes.

La presente Ley señala las normas generales para regular el Servicio Público de la Educación que cumple una función social acorde con las necesidades e intereses de las personas, de la familia y de la sociedad. Se fundamenta en los principios de la Constitución Política sobre el derecho a la educación que tiene toda persona, en las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra y en su carácter de servicio público.”

De conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política, define y desarrolla la organización y la prestación de la educación formal en sus niveles preescolar, básica (primaria y secundaria) y media, no formal e informal, dirigida a niños y jóvenes en edad escolar, a adultos, a campesinos, a grupos étnicos, a personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica, con capacidades excepcionales, y a personas que requieran rehabilitación social” (ARTIGO 1 Lei 115 de 1994)

B. Objectivos da Educação - Artigo 5, Lei 115 de 1994: Os objectivos da educação são listados a seguir pela Lei Geral de Educação

1. El pleno desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, dentro de un proceso de formación integral, física, psíquica, intelectual, moral, espiritual, social, afectiva, ética, cívica y demás valores humanos.

2. La formación en el respeto a la vida y a los demás derechos humanos, a la paz, a los principios democráticos, de convivencia, pluralismo, justicia, solidaridad y equidad, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad.

3. La formación para facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.

4. La formación en el respeto a la autoridad legítima y a la ley, a la cultura nacional, a la historia colombiana y a los símbolos patrios.

5. La adquisición y generación de los conocimientos científicos y técnicos más avanzados, humanísticos, históricos, sociales, geográficos y estéticos, mediante la apropiación de hábitos intelectuales adecuados para el desarrollo del saber.

6. El estudio y la comprensión crítica de la cultura nacional y de la diversidad étnica y cultural del país, como fundamento de la unidad nacional y de su identidad.

7. El acceso al conocimiento, la ciencia, la técnica y demás bienes y valores de la cultura, el fomento de la investigación y el estímulo a la creación artística en sus diferentes manifestaciones.

8. La creación y fomento de una conciencia de la soberanía nacional y para la práctica de la solidaridad y la integración con el mundo, en especial con Latinoamérica y el Caribe.

9. El desarrollo de la capacidad crítica, reflexiva y analítica que fortalezca el avance científico y tecnológico nacional, orientado con prioridad al mejoramiento cultural y de la calidad de la vida de la población, a la participación en la búsqueda de alternativas de solución a los problemas y al progreso social y económico del país.

10. La adquisición de una conciencia para la conservación, protección y mejoramiento del medio ambiente, de la calidad de la vida, del uso racional de los recursos naturales, de la prevención de desastres, dentro de una cultura ecológica y del riesgo y la defensa del patrimonio cultural de la Nación.

C. Competências gerais da comunidade educativa, a família e a sociedade - Artigo 6, 7 e 8 da LEI 115 1994: O que corresponde a cada segmento da sociedade colombiana acerca das competências educacionais, são determinadas como segue:

De acuerdo con el artículo 68 de la Constitución Política, la comunidad educativa participará en la dirección de los establecimientos educativos, en los términos de la presente Ley.

La comunidad educativa está conformada por estudiantes o educandos, educadores, padres de familia o acudientes de los estudiantes, egresados, directivos docentes y administradores escolares. Todos ellos, según su competencia, participarán en el diseño, ejecución y evaluación del Proyecto Educativo Institucional y en la buena marcha del respectivo establecimiento educativo.

D. Estrutura de serviços educacionais: A educação formal referida na presente Lei, está organizada em três (3) níveis:

- a) El preescolar que comprenderá mínimo un grado obligatorio;
- b) La educación básica con una duración de nueve (9) grados que se desarrollará en dos ciclos: La educación básica primaria de cinco (5) grados y la educación básica secundaria de cuatro (4) grados, y
- c) La educación media con una duración de dos (2) grados.

La educación formal en sus distintos niveles, tiene por objeto desarrollar en el educando conocimientos, habilidades, aptitudes y valores mediante los cuales las personas puedan fundamentar su desarrollo en forma permanente. (ARTIGO 11 Lei 115 de 1994)

La educación no formal se rige por los principios y fines generales de la educación establecidos en la presente ley. Promueve el perfeccionamiento de la persona humana, el conocimiento y la reafirmación de los valores nacionales, la capacitación para el desempeño artesanal, artístico, recreacional, ocupacional y técnico, la protección y aprovechamiento de los recursos naturales y la participación ciudadana y comunitaria. (ARTIGO 37 Lei 115 de 1994)

E. As modalidades de assistência populações. (TÍTULO III, Lei 115 de 1994), entre os quais estão aqueles com habilidades excepcionais (Capítulo I), educação para adultos (Capítulo II), educação para grupos étnicos (Capítulo III), educação rural e rural (Capítulo IV) e educação para a reabilitação social.

F. Organização para a prestação do serviço (TÍTULO IV, Lei 115 de 1994), no qual destacam-se:

- A preparação do Plano Nacional de Desenvolvimento da Educação -Plano de decenal de Educação-, que é feito em coordenação com as autoridades locais e tem um indicativo para a preparação de planos de desenvolvimento
- O desenvolvimento e implementação do Projecto Educativo Institucional, que visa harmonizar os fins e os regulamentos das escolas com a ordem constitucional e

contextualizar a instituição escolar na comunidade local ou regional. (Artigos 72-75, Lei 115, de 1994)

G. **A formação do Governo Escolar**, composta pelo reitor, o conselho de administração e o conselho acadêmico, buscando a participação da comunidade educativa na tomada de decisão da escola. (Artigo 87, Lei 115 de 1994).

Los desarrollos planteados por esta Ley han sido implementados de manera parcial en algunos casos y en otros quedaron desvirtuados por las dinámicas sociales. Lema Carreño anota que, por ejemplo:

“...o desenvolvimento de projetos educativos institucionais sofreu um revés com a implementação da política de integração de escolas que buscam maior eficiência de recursos e administração educacional; fóruns educacionais, cujo objetivo foi refletir sobre o estado da educação e fazer recomendações às autoridades educacionais para a melhoria e cobertura da educação, têm enfatizado experiências e desenvolvimentos de áreas curriculares significativas, mas falharam na influência da formulação de políticas educacionais que envolvem a melhoria da educação; O Governo escolar não conseguiu estabelecer-se como um espaço de participação e influência da comunidade educativa.”
(LEMA CARREÑO, 2009, p. 16)

A educação formal é organizada em quatro níveis: **a.** na educação pré-escolar, que compreende três graus; **b.** na educação básica, com duração de nove graus, e compreende dois ciclos, cinco graus do ensino primário básico e quatro séries do ensino básico; **c.** no ensino secundário, compreendendo os graus décimo e onze; **e.** no ensino superior.

A Lei Geral de Educação afirma que em matéria de educação, as ações devem ter como objectivo, entre outros, promover o respeito pelos direitos humanos e práticas democráticas para aprender os princípios e valores da participação e organização do cidadão.

A educação deve incentivar a auto-suficiência e responsabilidade, desenvolver uma sexualidade saudável, que promova a auto-consciência e auto-estima, a construção da identidade sexual, respeitando a igualdade dos sexos, carinho, respeito mútuo, deve preparar para vida familiar harmoniosa e responsável, e estimular o interesse e respeito pela identidade cultural dos grupos étnicos.

Outras normas relacionadas à prestação de serviços educacionais são as seguintes: Decreto 2.082, de 1996, pelo qual os serviços educacionais para pessoas com limitações ou com talentos ou habilidades excepcionais é regulado; Decreto 230, de 2002, relativo ao estabelecimento de regras em matéria de currículo, avaliação e promoção dos alunos e avaliação institucional; Lei 397, de 1997, que estabelece regras sobre o património cultural, emplasros e incentivo à cultura são ensinados, e do Ministério da Cultura é criado; e da Lei 30, de 1992, pelo qual o serviço público do ensino superior está organizado.

A promulgação da Constituição política de 1991, liderou um desenvolvimento legislativo que aplicados aos princípios do novo Estado Social de direito.

Foi necessário um esforço significativo para desenvolver o projeto, em seguida, tornado Lei Geral de Educação, procurando perceber as disposições constitucionais sobre possíveis desenvolvimentos legislativos e adaptado à realidade do país, tentando combinar a diversidade de abordagens do aparelho oficial, organizações de educadores, organizações privadas e outras entidades que movem grandes interesses políticos, ideológicos, econômicos e culturais.

No entanto, a Lei 115 de 1994, não era um documento de consenso e praticamente manteve-se como um sistema de ferramenta organizacional, onde o direito à educação não era garantido, o que significa que, o essencialmente, não foi regulamentado. Prova disso é o nono artigo que diz: "O desenvolvimento do direito à educação, é regido por leis estatutárias de carácter especial".

Um projeto político de tal magnitude só pode ser implementado se para todos é garantido um sistema de formação pessoal, social e cultural através do qual o acesso ao conhecimento, ciência, tecnologia e valores da cultura e, em última instância, para alcançar dignificação como seres humanos, e assim, exercer seus demais direitos fundamentais.

3.3.3 El Rol de la Corte Constitucional Colombiana

O Tribunal Constitucional, assumiu a defesa da educação como um direito fundamental na Colômbia, e no quadro regulamentar local, suas decisões têm tido tanta importância em frente às lacunas regulatórias e sobre a interpretação para a concretização do mesmo, que seria injusto não mencionar seu papel no sistema normativo que rege o direito à educação como um direito humano.

O Tribunal Constitucional declarou que a educação é um direito fundamental de aplicação imediata em duas situações: De acordo com Lerma Carreno:

“[...] quando afirma que é um menor, porque a Constituição reconhece explicitamente a educação como um direito fundamental para este segmento da população; e quando a violação do direito à educação está ligada à ameaça ou violação de outros direitos de natureza fundamental, de ligação com outros direitos. No primeiro caso, reconhece-se que existe uma obrigação do Estado para os seus filhos em termos do seu direito à educação e, portanto, deve garantir a disponibilidade, acesso, permanência e qualidade do mesmo. No segundo caso, porque uma tal exigência não está clara é reconhecida através da conexão com outros direitos, por exemplo, no caso de um aluno é suspenso, expulso ou outra punição sem justificação razoável para restrições -Trazer seu cabelo longo, usar brincos, pulseiras, ter pintado as unhas, etc, - ou decisões pessoais, tais - estar vivendo com seu parceiro, estar grávida-“. (LEMA CARREÑO, 2009, p. 18)

Outros exemplos podem ter as seguintes características: quando lhe for negada a participação, quando as sanções são impostas ignorando o seu direito de defesa, quando ele é vítima de tratamento degradante e à integridade física é ameaçada, etc.

Embora tenha sido considerada a educação como um direito fundamental, não é absoluta e, em alguns aspectos é necessário, para fazer valer a sua garantia, um avanço progressivo, portanto, o Tribunal Constitucional através da sua jurisprudência e instrumentos internacionais estabeleceu um "núcleo essencial" do direito à educação desta forma:

“[...] c) Se denomina contenido esencial o núcleo esencial al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o las formas en que se manifieste. El núcleo esencial de un derecho fundamental, entonces, no está sometido a la dinámica de coyunturas políticas. En el caso del derecho a la educación, no es posible negar injustificadamente el acceso y la permanencia en el sistema educativo a una persona.” (SENTENÇA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA T-944 DE 2000)

O Tribunal Constitucional apontou um caminho muito importante para estabelecer um precedente legal sobre o direito à educação. As razões pelas quais as pessoas fizeram uma tutela pedindo garantir o direito à educação ter sido diferente.

Entre outros: a escola se recusa a conceder uma quota, greve de professores impede aos alunos recebam educação, não foram atribuídos professores as escolas (este é um dos mais frequentes), as escolas não tem serviços de segurança ou biblioteca adequados, se recusa quota quando o menor fica grávida, um ato administrativo anula matrícula da faculdade de alguns alunos, e assim por diante.

Apesar da variedade de casos, é possível concluir que os argumentos centrais pelo qual o Tribunal considera a educação como um direito pode ser recolhida no ponto feito por uma das suas decisões fundadores desta jurisprudência;

“[...] Es la misma Constitución concebida como norma de normas (artículo 4º) la que se encarga de fijar las directrices generales de la educación y señalar sus derechos y deberes dentro de un marco jurídico axiológico. Dichos postulados, además de consagrar el servicio público de educación como derecho fundamental, le asigna a este el efecto de aplicación inmediata, según se desprende del artículo 85 constitucional.

Por su parte, el artículo 67 de la Carta Política, que constituye el pilar esencial de la educación advierte que, esta “es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social: con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura”, para la adecuada formación del ciudadano.

[...] De acuerdo con el artículo 70 de la Constitución Política, “el Estado tiene el deber primordial de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

Así pues, a juicio de esta Sala, en su función de intérprete de los preceptos superiores a efectos de proteger adecuadamente, mediante el mecanismo de la acción de tutela, los derechos fundamentales constitucionales, es dable entender que, dentro de los objetivos fundamentales de la actividad del Estado y las finalidades sociales inherentes a este, encaminadas al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, la salud, la educación, el saneamiento ambiental y el agua potable, constituyen servicios públicos esenciales de regulación constitucional. Por consiguiente, el mismo Estado está en la obligación de asegurar su prestación eficiente y permanente para todos los habitantes del territorio nacional, dentro del espíritu de las finalidades sociales del Estado, preferenciadas en el artículo 366 de la C.P., que para este caso permite la prevalencia del interés general sobre el particular por encontrarse en juego el valor del conocimiento, según se dijo por la Corte desde 1992, en la sentencia No T-02 de 1992, MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero”. (SENTENÇA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA T-423 DE 1996)

Do acima exposto pode-se concluir que a norma mais importante que considera a educação como um direito fundamental é a Constituição de 1991 e, graças a dois desenvolvimentos desta Constituição -o que institui a tutela para exigir os direitos fundamentais e originou o Tribunal Constitucional- tem sido capaz de construir na argumentação para garantir o cumprimento do direito à educação no país.

No entanto, como observou Lema Carreno:

“É notável o vácuo causado pela ausência de uma Lei de Bases da Educação, especialmente porque muitas das acções tutela que foram introduzidas são devido a ignorância por parte das instituições autoridades, tanto pública como privada, das suas responsabilidades para a garantia do direito à educação.” (LEMA CARREÑO, 2007, p. 25)

3.3.4 Sistema normativo do financiamento educacional na Colômbia

Sob a autonomia que a Constituição dá às autoridades locais nos termos do artigo 287, eles têm o direito de se governar pelas suas próprias autoridades, exercer os poderes que lhes são atribuídos, gerir os seus recursos, estabelecer os impostos necessários para o cumprimento suas funções e participar de renda nacional.

Não obstante, esta autonomia é limitada, uma vez que, de acordo com o preâmbulo da Constituição, o governo colombiano opera na base da unidade nacional. Isto significa que "as autoridades locais têm amplos poderes, mas eles são precisos e definidos e não gozam do exercício das suas competências, a exclusividade e a liberdade de escolha e auto-realização da comunidade de Estado soberano" (MALO-MADRID, 1998, p.39)

Neste contexto, e de acordo com o artigo 2º, parágrafo 1º da Lei 60, de 1993, os municípios são os principais executores das ações no campo social e, nessa qualidade, deve gerir e prestar serviços, incluindo o "serviço" da educação. Essas autoridades locais são responsáveis pela administração e financiamento dos serviços educacionais do Estado de pré-escolar, ensino primário, secundário e meia.

A fim de garantir a prestação de recursos financeiros serviços as autoridades locais, a Constituição da Colômbia estabeleceu um percentual das receitas correntes da nação, que deve ser atribuído aos departamentos, bem como o Distrito Capital de Bogotá e distritos especiais de Santa Marta, Barranquilla e Cartagena. Esse percentagem do rendimento é chamado de "situado fiscal".

De acordo com o artigo 356 da Constituição, os recursos do "situado fiscal" foram destinadas para financiar o pré-escolar médio, elementar, e do ensino secundário. Municípios, bem como algumas reservas indígenas assimilados como municípios participavam nas receitas correntes do país, através de chamadas "transferências".

Embora as autoridades locais têm alguns recursos próprios⁶⁹, com a implementação do sistema de "situado fiscal" e "transferências", a partir da Constituição de 1991 existe a transferência correlativa de responsabilidades do nível nacional para as autoridades locais. Portanto, de acordo com a decisão do Tribunal Constitucional, C-478/1992: "... as autoridades locais contam com apoio financeiro nacional para o cumprimento das suas obrigações". (SENTENÇA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA T-478 DE 1992)

Posteriormente, através de uma reforma constitucional ocorrida em 2001, este regime de "situado fiscal" e "transferências" foi substituído por um fundo comum chamado Sistema Geral de Participações de departamentos, distritos e municípios. Este fundo é composto pelos recursos que o país vai transferir para as autoridades locais para financiar a prestação de serviços por estes últimos. Os critérios para a alocação e distribuição dos recursos da nação para as autoridades locais e, acima de tudo, quantidades reduzidas do mesmo, como será mostrado abaixo, em seguida. .

A reforma prevê que os recursos do Sistema Geral de Participações de departamentos, distritos e municípios serão destinados ao financiamento de serviços,

⁶⁹ Outras fontes de financiamento para as autoridades locais na Colômbia são de impostos estaduais e municipais (artigo 362 da Constituição), "regalias" produzidas pela exploração dos recursos naturais não renováveis (artigo 360 da Constituição) e de emissão valores mobiliários e títulos do governo (artigo 295 da Constituição).

priorizando serviços do ensino pré-escolares, primário e secundário, assegurando a prestação de serviços e a extensão da cobertura.

Segundo a Comissão Colombiana de Juristas (CCJ):

“Com esta reforma duas mudanças fundamentais ocorreram. A primeira é que os departamentos têm uma maior frouxidão para alocar recursos da nação para cobrir outras despesas que não sejam a saúde e a educação. Isto é preocupante porque o aumento da discricionariedade da administração poderia, facilmente, ir em detrimento destas prioridades. Além disso, o regime anterior falava expressamente que os recursos foram alocados para a saúde e educação "com especial atenção às crianças" fórmula que desapareceu no novo texto.” (COMISSÃO COLOMBIANA DE JURISTAS, 2004, p. 88)

Como resultado da reforma constitucional, os recursos fornecidos pela nação para as autoridades locais seriam cortados no seu crescimento. A quantidade exacta do corte é incerto porque depende do crescimento da economia. De acordo com estimativas do governo, durante o tempo em que a reforma foi realizada, o corte foi de três bilhões de pesos nos próximos sete anos. Dado o destino que teve esses recursos, a reforma afetou severamente o orçamento para a educação.

Na sequência desta reforma constitucional o legislador promulgou a Lei 715 de 2001, que, no seu artigo 1º, determina que o objeto da lei é regular o Sistema Geral de Participação (PEC), que consiste em recursos da Nação transferidas para as autoridades locais (departamentos e municípios) para financiar os "serviços" de saúde e educação.

De acordo com o artigo 6.2.1 da Lei 715 de 2001:

“En el marco de las funciones asignadas por esta ley, a los departamentos les corresponde en materia educativa prestar asistencia técnica a los municipios así como apoyarlos administrativamente. A los departamentos también les corresponde la función de certificar a los municipios para que puedan participar de manera autónoma en el SGP y puedan, de esta manera, administrar los recursos asignados para educación. En el caso de los municipios que no sean certificados, será el departamento quien dirigirá, planificará y prestará el “servicio educativo” en los niveles de educación preescolar, básica y media en sus distintas modalidades. Según lo establecido por la ley, el departamento prestará este servicio en condiciones de equidad, eficiencia y calidad”

Além disso, departamentos, distritos ou, se for caso, os municípios certificados devem administrar instituições de ensino e pessoal docente e administrativo das instituições de ensino, sem prejuízo das taxas de plantas aprovadas por a Lei 715. Ou seja, os serviços devem gerenciar o relacionado com a educação sem aumentar o pessoal docente, uma vez que não pode expandir em qualquer caso os recursos disponíveis.

No mesmo sentido, e tendo em conta que não pode estender-se a docentes ou recursos, os departamentos têm o poder de mover os professores de um município para outro para atender as necessidades dos estudantes, sempre que seja necessário. Tudo isso, de acordo com o artigo 6.2.3 da Lei 715 de 2001 ", sem nenhuma exigência legal, só a emissão dos respectivos atos administrativos devidamente motivados", ou seja, sem consulta com os professores e sem considerar as implicações que pode ter as transferências sobre as mudanças nos papéis na vida de professores e professoras, e o impacto que isso pode gerar nos estudantes.

Todas as funções descritas acima devem ser exercidos, conforme estabelecido no artigo 6.2.11 da Lei 715 de 2001, respeitando-se os critérios da população servida e as condições de eficiência. Isso significa que o financiamento não será destinado a instituições de ensino, de acordo com os seus deveres, funções e necessidades educacionais, mas de acordo com a população atendida.

Lei 715 de 2001, prevê no artigo 16.1.1 que a participação para educação do GSP serão distribuído pelos municípios e distritos de acordo com os critérios da população servida, onde uma atribuição anual por aluno é baseado em condições de equidade e eficiência.

Na atribuição por aluno tanto os custos de pessoal docente e administrativo necessários nas instituições de ensino como recursos para a educação de qualidade que correspondem principalmente às doações escolares, manutenção e modernização de infra-estrutura, administração departamental, supervisão contavam e sistemas de informação.

O artigo 23 da Lei 715 prevê igualmente que nenhum departamento, distrito ou município pode ligar ou contratar professores, administradores escolares ou funcionários administrativos, com diferentes recursos do GSP.

La ley 715 de 2001 ha sido reglamentada a través de múltiples decretos, entre los que se destacan mencionar para el caso:

- **Decreto 159 de 2002:** Esta regulamentação estabelece informação para a distribuição e alocação de recursos em matéria de programas de alimentação escolar, sistema de participação para as reservas indígenas, sistema de participação para os municípios e distritos que fazem fronteira com o Rio Grande de la Magdalena, entre outros estão definidos.

- **Decreto 230 de 2002:** Este decreto dita regras sobre as várias orientações no currículo de formação, a definição de alguns aspectos do currículo, os parâmetros para a avaliação e promoção dos alunos, como várias regras relativas à avaliação das instituições educativas.

- **Decreto 850 de 2003:** Este decreto estabelece que, enquanto as fórmulas e critérios estabelecidos na lei 715 em relação à alocação de recursos por aluno são desenvolvidos, departamentos e municípios certificados podem continuar a pagar até 31 de Dezembro de 2003, para os funcionários da planta das secretarias de recursos de educação no âmbito do SPG.

- **Decreto 1278 de 2002:** Através deste decreto foi emitido o estatuto de profissionalização docente. O decreto define os parâmetros para a regulamentação das relações entre professores e o Estado, estabelece regras sobre a adequação das pessoas que prestam educação e descreve os critérios para a admissão, retenção, promoção e reforma dos professores.

- **Decreto 1283 de 2002:** Este decreto organiza o sistema de controlo e de acompanhamento para pré-escolar, primário e secundário. Define questões como a população servida, a população participando em condições de eficiência, indicadores de desempenho, resultados educacionais, competências e poderes das autoridades

públicas no domínio da inspecção e vigilância da educação. Ele também define as competências para a avaliação dos serviços educacionais, e estabelece penalidades.

- **Decreto 1526 de 2002:** Regulamenta o sistema de informação de gestão do sector da educação, a fim de controlar o seu funcionamento e facilitar os resultados da avaliação.

- **Decreto 1528 de 2002:** Nesta norma os parâmetros são definidos para que as autoridades locais (departamentos e municípios) puderam contratar a prestação de serviços de ensino público a entidades privadas, no caso que seja insuficiente na prestação do serviço pelas instituições estatais.

- **Decreto 1850 de 2002:** Este decreto regulamenta sobre jornada de trabalho de diretores e professores de instituições de ensino estaduais de educação formal. Estabelece as horas de trabalho dos professores e dos parâmetros que são definidos neste padrão para determinar o dia escolar nas instituições de ensino.

- **Decreto 2582 de 2003:** Este decreto estabelece regras e mecanismos gerais para a avaliação do desempenho dos professores e administradores escolares que trabalham nas escolas estaduais. Com este decreto são estipulados os procedimentos e conteúdo para avaliar com base nos resultados, aos professores que trabalham em escolas públicas e abrir a porta a sanções disciplinares para aqueles que estão com baixa pontuação na avaliação.

- **Decreto 3020 de 2002:** Este decreto estabelece critérios e procedimentos para a reorganização de plantas de professores e funcionários de serviços educacionais. Também, estabelece critérios para excluir e criar encargos, médias ajustadas de alunos por professor, e plantas pessoal administrativo, entre outros.

- **Decreto 3149 de 2002:** Neste decreto está autorizada a configuração de taxa de matrícula, as pensões e os custos recorrentes para a oferta da educação pública nos estabelecimentos de ensino privados.

- **Decreto 3191 de 2002:** Os parâmetros que indicam as situações em que o SPG apoiará financeiramente aos departamentos para cobrir os custos com pessoal em

falta de professores estão definidos no presente decreto; estes custos serão financiados apenas uma vez, tal como está estipulado no artigo 15 da Lei 715.

4 ANÁLISE COMPARATIVA DA JUSTICIABILIDADE DE O DIREITO À EDUCAÇÃO EM DOIS CASOS PARADIGMÁTICOS

Neste capítulo será realizada uma análise comparativa da judicialização do direito à educação em dois casos paradigmáticos nos contextos brasileiro e colombiano, respectivamente. Para isso, o capítulo terá a seguinte evolução: em cada caso, será realizada a contextualização, onde serão expostos a importância do mesmo para a nossa análise; em seguida, os antecedentes próximos será descrito mais tarde para exaltar o desenvolvimento do caso.

Em seguida, vamos realizar uma análise individual do caso, que, em seguida, levar-nos para a análise comparativa. Nesta análise comparativa vamos considerar, como um primeiro passo no quadro contextual e peculiaridades factuais. Finalmente, a utilização prevista no Capítulo 2 dos critérios apresentados, que carregam comparação da justiciabilidade do direito à educação no contraste entre os dois casos.

4.1 CASO "CRENCHE PARA TODOS" OU DA EDUCAÇÃO INFANTIL EM O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

4.1.1 Contexto

Nesta seção de dissertação serem apresentadas as iniciativas da ONG Ação Educativa na promoção da justiciabilidade como estratégia para promover as políticas públicas voltadas para a realização do direito à educação das crianças no município de São Paulo e para reforçar a seu controle social.

Com o objetivo de enfrentar tais questões e diante do fenômeno de crescente influência do sistema de justiça na definição do direito à educação e, conseqüentemente, na determinação das políticas educacionais, Ação Educativa criou, em 2004, o programa Ação na Justiça que, de acordo com os professores e ativistas Ester Rizzi y Salomao Ximenes, tem por finalidade:

“[...] promover a justiciabilidade do direito à educação desde a perspectiva dos direitos humanos. Além da atuação judicial propriamente dita, são objetivos do programa: o aprofundamento e difusão de tais conceitos nos campos jurídico e educacional; a participação no debate público; a mobilização pela ampliação das garantias materiais e processuais relacionadas aos direitos sociais e a formação e mobilização de defensores populares do direito à educação. Em sua estratégia de litigância, procura fortalecer a articulação com redes de defesa e promoção de direitos humanos e educacionais.” (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 105)

Após um período inicial de implantação (2004 a 2006) do programa, no qual foram priorizadas iniciativas de pesquisa, voltadas ao conhecimento do posicionamento do Judiciário frente a demandas pelo direito à educação, a ONG Ação Educativa, de acordo com Rizzi e Ximenes: “[...] vem se constituindo nos últimos anos como um agente na litigância estratégica do direito à educação, propondo demandas e prestando assessoria jurídica a movimentos e organizações sociais.” (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 108)

A educação infantil em creches e pré-escolas, para crianças com idade entre 0 (zero) e 5 (cinco) anos, é um desses “temas de fronteira” do direito à educação e, numa perspectiva mais geral, dos direitos sociais. Prevista como direito na Constituição de 1988 e em seguidas normas legais, de acordo com Rizzi e Ximenes “somente muito recentemente passou a ter seu status de exigibilidade reconhecido pelo Judiciário” (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 106).

Reforçando essa ideia, e moldando o problema, os autores afirmam que:

“Dadas as implicações políticas e econômicas de tal reconhecimento, uma vez que cerca de 80% das crianças de 0 (zero) a 3 (três) anos e 25% daquelas com idade entre 4 (quatro) e 5 (cinco) anos atualmente não encontram vagas em instituições públicas de ensino dos municípios - a quem compete a oferta direta, muito se tem discutido a respeito da efetividade das decisões judiciais e sobre a forma adequada de tutela desse direito.” (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 106)

Nesse cenário, de alta exclusão e pouca atenção do público, que é que eles começam a formular as primeiras estratégias de litígio de as organizações que hoje compõem o movimento "Crenche para Todos".

¿Qual é a sua origem? A ONG Ação Educativa, em coordenação com outras estruturas organizacionais da cidade de São Paulo, envolver-se no programa "Crenche

para Todos". Este programa, de acordo com nossos autores, essencialmente "[...] se constitui como uma articulação informal de entidades e militantes sociais que têm como objetivo lutar pela inclusão educacional de qualidade de todas as crianças em unidades de educação infantil." (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 107)

Nesse sentido, desde o final de 2007, o Creche para Todo organiza mobilizações e iniciativas de incidência política com comunidades e organizações locais no município de São Paulo e na Região Metropolitana, buscando consolidar o reconhecimento desse direito e a articulação social para a sua garantia fortalecendo sua exigibilidade. (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 107)

De acordo com Rizzi e Ximenes, o movimento Crenche para Todos, tem como objetivos:

"[...] fortalecer o controle social das iniciativas públicas no campo da educação infantil e promover sua justiciabilidade, tendo em vista: (i) a ampliação do número de vagas associada à priorização do atendimento nas áreas de maior vulnerabilidade social; (ii) a melhoria da qualidade do atendimento e (iii) o acesso às informações públicas e a garantia de um sistema de registro da demanda por essa etapa educacional." (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 107)

Em articulação com as iniciativas de incidência política e mobilização social, as organizações do movimento, assessoradas pelo Programa Ação na Justiça, vêm se utilizando da litigância judicial estratégica como forma de fortalecer o direito e de dar visibilidade à temática, com o que buscam também incidir sobre: [...] a configuração da jurisprudência e a posição dos órgãos oficiais do sistema de justiça (Ministério Público, Defensoria Pública e Justiça da Infância e da Juventude)" (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 107)

4.1.2 Antecedentes

Toda criança com idade entre 0 (zero) e 6 (seis) anos incompletos tem direito à educação infantil, sendo dever do Estado assegurá-la com qualidade, gratuidade e acesso indiscriminado. Dessa forma está previsto na Constituição Federal de 1988 que a inclui no rol dos direitos fundamentais sociais estipulados nos arts. 6º e 7º XXV. Est

último dispositivo constitucional também atribui aos pais o direito à educação infantil, uma vez que somente por meio de sua garantia lhes é possibilitado o pleno exercício do direito ao trabalho. Nesse sentido, e como dizem Rizzi e Ximenes: “é um direito de dupla titularidade.” (2010, p.110)

Complementam os autores supracitados que Em matéria de direito à educação, as previsões constitucionais supramencionadas configuram-se como verdadeiras “normas de abertura” (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 110) que ganham corpo no Capítulo III, Seção I, Título VIII, da Constituição, que dispõe, respectivamente, nos arts. 205 e 208, IV, sobre o direito à educação infantil:

“Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade (com redação da EC nº 53/2006).”

Nas palavras de Rizzi y Ximenes, Com a promulgação das Emendas Constitucionais nº 14/1996⁷⁰ y nº 53/2006⁷¹, o dever constitucional de assegurar educação infantil a todas as crianças passou a ser atributo expresso dos Municípios, e, a partir de 2007, as matrículas nessa etapa passaram a ser contabilizadas para efeito de redistribuição de recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, FUNDEB (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 108)

Também a Constituição do Estado de São Paulo⁷² dispõe, nos artigos 240⁷³ e 247⁷⁴, sobre o direito à educação infantil e a atribuição municipal de assegurá-la. No

⁷⁰ Consultada em la dirección electrónica http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc14.htm en diciembre de 2015.

⁷¹ Consultada en la dirección electrónica http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc53.htm en diciembre de 2015

⁷² Promulgada el 5 de octubre de 1989 y consultada en la dirección electrónica http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cesp_completa.htm en diciembre de 2015.

⁷³ **Artigo 240** - Os Municípios responsabilizar-se-ão prioritariamente pelo ensino fundamental, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria, e pré-escolar, só podendo atuar nos níveis mais elevados quando a demanda naqueles níveis estiver plena e satisfatoriamente atendida, do ponto de vista qualitativo e quantitativo.

mesmo sentido dispõe a Lei Orgânica do Município de São Paulo, que nos arts. 200, 201 e 203 estabelece o dever da administração local de ofertar educação infantil.

Rizzi e Ximenes dizem que A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei nº 9.394/1996), ao regulamentar os dispositivos constitucionais, repete, em seus arts. 4º e 11, V, as disposições constitucionais relativas ao dever do Município com a educação infantil.” e portanto:

“Foi essa norma que instituiu no país o conceito de educação básica, cuja primeira etapa é representada justamente pela educação infantil. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/90), antes da LDB, já previa o direito à educação infantil em seus arts. 53 e 54, estabelecendo, ademais, o dever de assegurá-la próxima à residência da criança. Além disso, o Estatuto incorporou ao direito brasileiro o princípio da “prioridade absoluta” (art. 4º) das políticas voltadas à infância.” (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 108)

Também, No âmbito do direito internacional, diversas são as normas que asseguram o direito à educação e, mais especificamente, à educação infantil.

Em outras palavras, do ponto de vista das garantias legais, não há dúvida de que o direito à educação infantil é parte do direito humano fundamental à educação, sendo plenamente exigível com base na Constituição, nas leis e nos tratados internacionais, devendo ainda ser atendido com prioridade pelos administradores públicos.

Isto implica, fazendo o respectivo silogismo, que o impedimento do acesso da criança à educação infantil em instituições públicas faz gerar a responsabilidade do administrador público, obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência.

No entanto, de acordo com os pontos feitos por Rizzi e Ximenes, O reconhecimento do direito à educação infantil no ordenamento jurídico e nas normas internacionais, no entanto, não assegurava – ao menos até 2005 – decisões favoráveis a esse direito no Judiciário paulista. (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 209).

⁷⁴ **Artigo 247** - A educação da criança de zero a seis anos, integrada ao sistema de ensino, respeitará as características próprias dessa faixa etária.

De acordo com os dados fornecidos pela Professora Carolina Martins Marinho em sua dissertação Mestrado intitulada "Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Análise de Julgados do Direito à Educação sob o Enfoque da Capacidade Institucional" apresentada na Faculdade de Direito da USP em el año 2009, os nossos autores apontam que os argumentos mais frequentes para evitar o reconhecimento judicial foram:

“Os argumentos mais frequentes para a esquiva do reconhecimento judicial baseavam-se (i) na ideia de “reserva do possível” – ou seja, a administração pública não teria condições orçamentárias de garantir o direito à educação infantil, aqui incluídas alegações em torno do princípio da anterioridade da previsão orçamentária; (ii) na separação dos poderes – isto é, alegava-se que a determinação de atendimento da demanda configuraria uma intervenção indevida do Judiciário na esfera do Poder Executivo; e (iii) no fato de que, nos casos em que as ações judiciais pediam o reconhecimento do direito difuso ou coletivo, ou seja, a determinação de que fosse matriculada toda a demanda num determinado prazo ou ainda que fossem construídas novas unidades de ensino, o Judiciário tendia a reconhecer alegações de impossibilidade de conceder a tutela para pedidos genéricos e indeterminados ou ainda “pedidos futuros” (Marinho 2009, *apud* RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 209)

4.1.3 Caso concreto

Esse cenário começa a se modificar a partir de 2005, com as primeiras decisões do STF em favor de Recursos Extraordinários do Ministério Público, interpostos contra a jurisprudência até então dominante no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP).

Para os autores, “Tais decisões do STF extrapolam, por seu caráter paradigmático e simbólico, o tema específico da educação infantil, podendo ser reconhecidas como importante precedentes no tratamento judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral.” (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 110)

Com base neste novo paradigma, nossos autores observam Além de reconhecer a exigibilidade jurídica imediata do direito à educação infantil, em tais decisões o STF declara expressamente que cabe ao Judiciário determinar que sejam

asseguradas vagas a todos os que demandarem, sempre que comprovada a omissão dos demais poderes (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 110).

Além disso, nessas decisões o Tribunal interpretou de forma bastante restritiva a chamada “cláusula de reserva do possível”, amplamente alegada em ações contra o poder público, reconhecendo como única possibilidade de adiamento da aplicação do direito à educação infantil a hipótese de comprovação objetiva, por parte do gestor público, de que todas as iniciativas ao seu alcance foram tomadas, com a aplicação do máximo de recursos disponíveis.

Assim, de acordo com as disposições das decisões, o poder público municipal não pode se esquivar da obrigação de oferta de educação infantil com base em alegações de discricionariedade, pois esta não se aplicaria a “políticas públicas definidas como prioritárias pela própria Constituição”, como é o caso das creches e das pré-escolas. (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 110)

“Desde o fim de 2005, o STF já apreciou nove outros casos de demanda por educação infantil e manteve o mesmo posicionamento” (2010, p. 110) e até aquele ano o TJSP não havia consolidado uma jurisprudência hegemônica em relação a esse assunto. (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 110)

No entanto, de acordo com Rizzi e Ximenes, já a partir de 2006, as decisões do TJSP passaram a reconhecer, de forma bastante uniforme, a procedência dos pedidos de vagas em instituições de educação infantil por meio do Judiciário, tornando evidente a influência das decisões do STF no sentido da uniformização da jurisprudência deste Tribunal. (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 111)

Nesse cenário, tenta-se em primeiro momento dar visibilidade social para o problema da demanda reprimida, aproveitando-se da eleição e com o objectivo de aumentar a educação das crianças como uma orientação prioritária para o calendário da campanha. E, além disso:

[...] era importante romper o “represamento das demandas” por parte do MP, tanto porque as organizações entendiam que as metas estabelecidas no TAC estavam abaixo da capacidade orçamentária e operacional do Município, como porque o Creche para Todos se constituiria a partir da mobilização de atores locais junto às regiões de

mais alta vulnerabilidade social, que cadastrariam as crianças excluídas e levariam a demanda diretamente ao Judiciário. (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 113)

Em outras palavras, sabia-se que em 2008 ocorreriam eleições municipais, momento em que o debate público sobre os temas da cidade tendem a ganhar relevância. Nesse sentido, para conseguir um compromisso público do governo seguinte (2009-2012) quanto à ampliação do número de vagas e trazer o tema à tona, era preciso agir estrategicamente para colocar o debate na pauta.

Dentro da estratégia jurídica foi decidido pelo movimento invocar a Lei Municipal nº. 14.127, de 5 de janeiro de 2006⁷⁵, estabelece o dever de tornar públicas as informações obtidas e sistematizadas por regiões específicas, possibilitando assim a participação e o controle social da comunidade”. (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 114)

¿Por que eles são relevantes para as disposições desta lei? Porque seus artigos estabelecem que:

“Art. 1º (...) Programa de Informação sobre demanda por acesso e permanência de crianças, jovens e adultos nas unidades educacionais integrantes do sistema público de ensino (...).”, que consiste “Art.2º (...) I - no cadastramento a ser feito pelas EMEIs, EMFs, CEIs e creches conveniadas dos pleiteantes à matrícula e de todos matriculados; II - na criação de um programa eletrônico que centralize as informações obtidas no cadastramento sobre as demandas por acesso ao sistema da rede pública de ensino municipal e sobre as matrículas, de modo a evitar a duplicidade de matrícula, e garantir a efetivação da matrícula em uma das unidades educacionais que mais atenda às necessidades da família”, “Art. 4º (...) Parágrafo único. A Secretaria Municipal de Educação deverá disponibilizar no seu portal da Internet relatórios trimestrais com os dados estatísticos organizados por Distrito. (LEI MUNICIPAL Nº. 14.127 DE 2006)

Assim, todas as unidades educacionais públicas ou com o com acordo do município de São Paulo tornar-se responsável de procurar um lugar em creches, pré-escolas ou escolas, onde as crianças e adolescentes devem ser abordadas. Se esta falta é contingente deve, em seguida, de acordo com a lei, ser registrado para o cuidado em outra unidade.

⁷⁵ Consultada en la dirección electrónica

http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=06012006L%20141270000 en diciembre de 2015

Os professores Rizzi e Ximenes dizem que com esse registro “no caso do Município, este reconhece o dever jurídico de atuar imediatamente no sentido de expandir sua rede na escala necessária para atender a todos.”

Por outro lado, na sequência do disposto no parágrafo único do artigo 4º, além do dever de registrar e criar o programa eletrônico, prevê que as informações obtidas sejam sistematizadas por regiões específicas e que devem ser públicas, permitindo o controle da comunidade e participação social.

Na única vez em que os dados sobre a matrícula e a demanda por educação infantil haviam sido publicados pela administração municipal até então, causaram um grande impacto na opinião pública, pois eles forneceram informações importantes sobre as deficiências escandalosas do programa (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 115), para o diagnóstico de situações, como as seguintes:

“Em junho de 2007, os demandantes por vagas em creches eram 87.851 (0 a 3 anos), número bastante significativo, principalmente quando comparado às 78.474 crianças atendidas na mesma etapa e faixa etária pela rede municipal, segundo as mesmas informações. Havia, assim, em junho de 2007, mais crianças que oficialmente demandavam vagas ao Município do que crianças efetivamente atendidas por sua rede”. (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 115)

No entanto, a atualização deste registro foi repetidamente violada pelo município (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 115) então, o recurso à via judicial para o cumprimento do dispositivo da lei pareceu uma boa estratégia.

Assim, sucessivamente foram propostos dois mandados de segurança contra o Secretário Municipal de Educação requerendo o cumprimento da Lei nº. 14.127/2006 e, portanto, a disponibilização pública das informações sobre a demanda por educação infantil no município.

As ações geram o efeito desejado, jurídica e politicamente e, de acordo com os autores:

“Desde então, a publicação trimestral de dados atualizados sobre a demanda escolar não atenua o debate na mídia, impedindo que o tema volte a cair no esquecimento em que se encontrava e abrindo espaços para que as organizações da sociedade civil questionem tanto os métodos de contabilização da demanda como as irregularidades no atendimento” (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 114)

Neste momento, e apesar de ter conseguido uma maior visibilidade do movimento social e do problema como tal, este não significa necessariamente que as políticas públicas mais amplas e inclusivas foram adotadas. Então:

“[...] além de sua atuação geral no acompanhamento e controle social de políticas públicas, o Creche para Todos se constituiria a partir de mobilizações de atores locais junto às regiões de mais alta vulnerabilidade social, o quais passariam a cadastrar as crianças excluídas e a reivindicar seu atendimento. Essa prática de cadastrar diretamente as crianças em um sistema próprio tinha po objetivo inicial ampliar o conhecimento das articulações locais sobre a rea dimensão da exclusão infantil, num contexto de sonegação reiterada de dados pel administração local, servindo posteriormente de base para a propositura de Ações Civis Públicas.” (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 118)

Ao mesmo tempo em que eram efetuados os cadastros, reconheciam-se os limites da “judicialização” dos pedidos nominais de vagas, em uma perspectiva meramente individualizada. Era preciso incidir na política pública, pressionando o poder público a formular um plano de expansão de sua rede, a construir unidades de educação infantil, a realizar concursos públicos para provimento de cargos de professores, coordenadores, assistentes, a garantir os insumos necessários ao funcionamento das unidades.

Nesse contexto, seria preciso desenvolver uma estratégia que ao mesmo temp assegurasse o direito das crianças cadastradas e possibilitasse a discussão das forma de tutela coletiva dos direitos educacionais. As demandas judiciais individualizadas: “[...] mesmo que representem a garantia do direito de determinada crianças listadas nas ações (em detrimento de outras, que eventualmente não recorram ao Judiciário), tendem a não impactar nas políticas públicas de mod efetivo.” (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 119)

O movimento propõe para isso, nas palavras de Rizzi e Ximenes, duas ações civis públicas. Na primeira, apresentada em 4 de setembro de 2008, pretende-se:

[...] que (i) fossem construídas unidades de educação infantil (creches e pré-escolas) em número suficiente para atender, nas proximidades de suas residências, as crianças inseridas no cadastro do movimento ;[164] (ii) que a municipalidade fosse compelida judicialmente a apresentar plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil (creches e pré-escolas) em São Paulo, plano capaz de

atender toda a demanda oficialmente cadastrada, bem como atingir os patamares mínimos estabelecidos pelo Plano Nacional da Educação (Lei nº 10.172/2001), a serem alcançados até 2011; (iii) que o Poder Judiciário acompanhasse a execução do plano de expansão formulado pela própria municipalidade, formulando-se, assim, uma obrigação de fazer consistente na ampliação de vagas e construção de unidades de educação infantil (creches e pré-escolas) em São Paulo, nos termos do plano formulado pelo próprio Município segundo os parâmetros legais” (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 119)

Essa Ação Civil teve seus pedidos sumariamente negados sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido, Para a juíza, os pedidos violavam a separação de poderes, sendo uma intromissão indevida do Judiciário na esfera de discricionariedade administrativa. O Judiciário, segundo a sentença extintiva, não poderia “invadir o âmbito de discricionariedade atribuída ao Poder Executivo na formulação e execução de suas políticas públicas”. (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 119)

Em recurso de apelação junto ao TJSP, no entanto, os autores conseguiram reverter essa primeira decisão, reconhecendo o Tribunal que tais pedidos não poderiam ser sumariamente considerados como juridicamente impossíveis. No entanto, após julgamento de embargos propostos pelo Município, foi determinada a devolução do processo à primeira instância, onde os pedidos deverão ser analisados.

Esta situação difere seu efeito com um novo análise factual e probatório. Esse indeferimento preliminar exigiu a propositura de uma segunda Ação Civil Pública, colocada em 29 de outubro de 2008, requerendo especificamente a matrícula de 1.030 (mil e trinta) crianças listadas pelo Movimento em unidades de educação infantil próximas às suas residências, dentre as quais estavam aquelas demandas já veiculadas na primeira ação proposta. (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 119)

A liminar foi concedida em 7 de novembro de 2008, determinando que as crianças fossem matriculadas até o início do ano letivo de 2009. Da mesma forma “a juíza decidiu favoravelmente à matrícula das crianças identificadas pelo movimento, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa diária de R\$2.000,00 pelo descumprimento da determinação” (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 120)

4.2 CASO COLOMBIANO: DECISÃO DE “TUTELA” 025 DE 2004 - O DIREITO À EDUCAÇÃO PARA AS VÍTIMAS DO DESLOCAMENTO FORÇADO

4.2.1 Contexto

O fenômeno do deslocamento interno na Colômbia é parte de um conflito armado entre grupos guerrilheiros, exércitos paramilitares e forças de segurança do próprio Estado.

As pessoas que vivem deslocados tiveram de suportar não só a violência armada; também tiveram de suportar outros tipos de violência silenciosa e indiferente: exclusão, pobreza e marginalização territorial e desenraizamento cultural. Em as palavras de Londoño e Ange

“Os deslocados são pessoa sem direitos, indefesos e extremamente vulneráveis. Por um longo tempo esta situação foi considerada como uma situação normal de migração, até cerca de dez anos atrás, alguns estudos apresentaram ao deslocamento forçado como uma violação maciça e múltipla dos direitos humanos e uma violação grave do direito internacional humanitário.” (2009, p. 67-68)

As vítimas do deslocamento forçado interno constituem parte do sujeito de uma crise humanitária que, arrancados de seu local de residência, numa situação indefesa que afeta a sua dignidade, localizado num espaço estranho, sem possibilidades de escolher suas novas condições de vida, submetidos a extrema pobreza e da miséria para sobreviver com sua família, forçando-os a mudar os seus hábitos culturais e distantes fisicamente e emocionalmente das formas de vida e organização às que estavam acostumados.

A pesar que o conflito armado colombiano tem o seu início com o nascimento de seu período republicano (1810) e apresenta seu pico mais acentuada a partir da década dos anos 40 do século passado até hoje; e apesar que o fenômeno do deslocamento interno forçado, é inerente ao conflito armado interno colombiano, apenas até 1997, a política de ajudar a população deslocada se torna lei da República: Lei 387 de 1997 "pela qual são tomadas medidas para a prevenção do deslocamento

forçad e são adotados o cuidado, proteção, consolidação e estabilização dos deslocados internos pela violência na República da Colômbia” ⁷⁶

Dentro do conteúdo da lei, em seu artigo 1º, a definição conceptual do estatuto de pessoa deslocada é estabelecida, e é a seguinte:

“artículo 1º: toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional, abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad y libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.

De acordo com o Procuraduría Geral da Nação "o deslocamento interno forçado, é uma violação do direito internacional humanitário, é uma situação em que as violações aos direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais são simultâneos e materiais" (PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2006, p. 179), de modo que "as condições de deslocamento interno forçado na Colômbia por causa da violência afeta de forma holística a vida de grande parte da população, incluindo o gozo o direito à educação." (PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2006, p. 177)

A este respeito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu terceiro relatório sobre a situação dos direitos humanos na Colômbia⁷⁷, apresentou a situação de deslocamento forçado interno até 1999. Isto é afirmado nos parágrafos 29 e seguintes, que:

“[...] Aproximadamente 70% das pessoas deslocadas são menores de idade (incluindo jovens mães que estão a cargo de crianças); 85% das crianças deslocadas não recebem educação primária, em grande parte devido a que menores de idade não são aceitos em instituições de ensino das vilas e cidades de recepção; o problema da desnutrição e falta de higiene, juntamente com a falta de cuidados médicos, impedem o desenvolvimento saudável das crianças e afetam sua capacidade de aprendizagem”

⁷⁶ Consultada en la dirección electrónica <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=340> en diciembre de 2015.

⁷⁷ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Terceiro Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos na Colômbia. Op. Cit. Os parágrafos 29 e ss., Consultado sobre o site <http://www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/indice.htm>

(Comissão Interamericana de Direitos Humanos, TERCEIRO RELATÓRIO SOBRE A SITUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA COLÔMBIA⁷⁸, 1999, parágrafo 29)

Para as ONG nacionais, como a Consultoria para os Direitos Humanos e o Deslocamento Forçado (CODHES):

“[...] entre 1985 e 2005 são deslocadas 3,662,842 pessoas, das quais 2.942.842 foram na última década. Estima-se que do total da população deslocada, cerca de 1,1 milhões são crianças em idade escolar; que lhe define uma das maiores crises humanitárias no hemisfério ocidental hoje. (CODHES, 2005, p. 86).

Segundo dados da Procuradoria Geral da República da Colômbia (PGN), “76,9% dos deslocados pessoas que forneceram dados sobre sua situação educacional, reconhecem estar a seguir ou ter concluído qualquer grau de pré - escola ou ensino primário ou secundário, para o tempo de deslocamento (PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2006, p. 177)

De acordo com dados da PGN, e na sequência de dados do Cadastro Único de População Deslocada para o início de 2000 “a gama de 0-17 anos (ou seja, menores que apreciam o direito fundamental à educação) é composta de 645,612 crianças e jovens que constitucionalmente e legalmente devem ser inscritos é qualquer nível de ensino ou escola para fazê-lo” (PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2006, p. 177)

O ano de 2004 é crucial neste contexto, uma vez que seus números mostram a escala do problema. A Procuradoria Geral da República da Colômbia afirma:

Em 2004, o sector da educação juntou nas suas salas de aula 114.044 crianças e jovens; isto significa que deixou fora do sistema a 82,3% dos mais vulneráveis da população vulnerável. Agora, se tomado como um objeto de atenção apenas para a faixa etária entre 5 e 17 anos, a população deslocada excluída dos serviços educacionais representa 73,5%, igualmente grave para um grupo de pessoas que perderam tudo. (PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2006, p. 177)

⁷⁸ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Terceiro Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos na Colômbia. Op. cit. Parágrafos 29 y ss., consultada en la página web <http://www.cidh.org/countryrep/Colom99sp/indice.htm>

4.2.2 Antecedentes

Em 14 de dezembro de 1999, um grupo de pessoas deslocadas pela violência em diferentes regiões do país pacificamente ocuparam as instalações do Comité Internacional da Cruz Vermelha (CICV) em Bogotá, devido ao seu estado de desamparo e falta de ação do Estado para remediar sua vulnerabilidade plausível.

Após um ano de aquisição pacífica, o Provedor de Justiça (Defensor do Povo na Colômbia), estabeleceu um amparo, chamado na Colômbia "tutela" contra a Rede de Solidariedade Social, uma vez que a agência estatal tinha falhado a prestar a assistência necessária para atendimento básica, pois é a unidade responsável por tais necessidades e serviços.

Entre outras coisas, e tendo em conta o direito à educação, o Provedor de Justiça explicou em sua exigência de que as crianças e jovens de famílias deslocadas não tinham recebido quotas nas escolas do distrito, o que impediu a continuidade do processo educativo. Portanto, o Provedor de Justiça pediu a condenação da entidade responsável para executar projetos para fornecer educação para cerca de 88 crianças que faziam parte da população deslocada que estava hospedado no CICV. (SENTENÇA T-135 DE 2000, CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA)⁷⁹

Para o Tribunal Constitucional, como afirma na sua decisão, Sentença T-135 de 2000, era urgente conceder a protecção dos direitos fundamentais das pessoas deslocadas e, em particular o cuidado das suas necessidades de alimento, trabalho, vestuário e saúde, e educação dos menores que faziam parte do grupo de ocupação.

O Alto Tribunal recordou que não só as ações positivas das autoridades públicas violam os direitos fundamentais; também quando omitem seus deveres constitucionais e legais. Argumenta que o Tribunal:

“En el caso bajo examen, resulta evidente la vulneración de los derechos fundamentales de las personas desplazadas, pues pese a que había transcurrido más de

⁷⁹ Consultada en la dirección electrónica <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-135-00.htm> en diciembre de 2015.

un año de ocupación del CICR, el ejecutivo no había ofrecido ninguna solución. Es directamente al Presidente de la República, de quien depende la Red de Solidaridad, a quien corresponde asumir responsabilidad en cuanto al problema de las personas desplazadas. La omisión se predica también de otras autoridades estatales: del Director de la Red de Solidaridad Social, los ministros del Interior, de Educación, de Salud, de Trabajo y de Hacienda, y el Defensor del Pueblo, quien debe velar por la divulgación y promoción de los derechos de las personas desplazadas ocupantes.” (SENTENÇA T-135 DE 2000, CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA)

Por esta razão, o Tribunal declarou que o fracasso dessas autoridades violaram os direitos fundamentais à vida, com dignidade, para a saúde em conexão com ela, a integridade pessoal, a liberdade de circulação no território, a igualdade real e eficaz, à moradia adequada, ao trabalho e educação, em particular para jovens e crianças.

Nesse sentido:

“[...] ordenó al Presidente de la República y a los ministros del Interior, de Hacienda y Crédito Público, de Salud, de Educación, de Trabajo y Seguridad Social, y al Director de la Red de Solidaridad Social que, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, iniciaran, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la sentencia, las gestiones tendientes a lograr, en un plazo máximo de treinta días a partir de la notificación, la solución definitiva y eficaz de la situación creada por la ocupación del CICR, mediante su reubicación. [...] En tanto permanecieran en el organismo, debían atender las necesidades de alimentación, trabajo, vestuario, salud y vivienda de las personas desplazadas, **además de la educación de los menores de edad que formaban parte del grupo ocupante.**” [El subrayado en nuestro] (SENTENÇA T-1635 de 2000, CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA)⁸⁰.

Em 2002 leva coloque a segundo antecedente importante do nosso processo principal. Vários meninos e meninas membros de um grupo de famílias em situação de deslocamento forçado foi negado o acesso a uma escola pública localizada perto do assentamento onde viviam.

As crianças, que tinham sido forçados a deixar as escolas em suas cidades natais, participaram da instituição em busca de vagas nas escolas, mas elas foram negadas por causa da idade (em alguns casos ultrapassou a média de idade para se inscrever), porque não há lugares disponíveis, e por incapacidade de arcar com os custos gerados. Desde a data dos fatos, o ensino básico e secundário livre ainda era

⁸⁰ Consultada en la dirección <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1635-00.htm> en diciembre de 2015.

um sonho para a população em geral. (SENTENÇA T-215 de 202, CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA)⁸¹

Em adição, algumas crianças foram não inscritos no recenseamento da população deslocada, porque eles não tinham pais para representar-los e fazer a respectiva declaração, o que impediu seu reconhecimento como deslocados (SENTENÇA T-215 de 202, CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA)

Duas pessoas atuaram como agentes oficiosos⁸² das crianças e estabeleceram um amparo de tutela, pedindo ao juiz para obrigar o reitor fornecer as quotas de concessão da escola para as classes, sem discriminação em razão da idade; ao prefeito e ao secretário de Educação a criação de quotas necessárias para as crianças deslocadas; ao Ministério da Educação Nacional e a Fundo de Investimento Social os recursos necessários para esse fim; e a Rede de Solidariedade Social o registo de menores no censo de pessoas deslocadas e fornecer a informação necessária para aceder a programas educacionais isento do pagamento de pensão e taxa de matrícula. (SENTENÇA T-215 de 202, CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA).

Todas as entidades governamentais envolvidas nas respostas à demanda, pediram ao juiz para negar a tutela.

Durante o processo, o Tribunal Constitucional provou que os menores foram forçados a deixar suas casas devido ao conflito armado para salvar suas vidas atitude, portanto, é inaceitável das autoridades réus que tentaram negar o direito à educação das pessoas:

“De allí que un flaco favor se le haga al Estado constitucional al entretejer una maraña de argumentos encaminados a desconocer una situación que es suficientemente clara y en la que está implícita la vulneración de múltiples derechos fundamentales,

⁸¹ Consultada en la dirección electrónica <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-215-02.htm> en diciembre de 2015.

⁸² No interposição de uma tutela é figura admissível da agência oficiosa, através do qual uma pessoa solicita, em nome de outro que os direitos fundamentais sejam protegidos. A agência oficiosa pode exercer tudas as pessoa. No entanto, é essencial que atenda as seguintes condições: A. Que o titular de direitos fundamentais invocados como violados ou não tenha uma posição de exercer-se a defesa dos seus direitos. B. Quem atua como agente oficioso que deve expressar essa condição. (Decreto Regulamentar 2.591 de 1991 e Julgamento T - 483 de 2006, o Tribunal Constitucional da Colômbia).

mucho más tratándose de niños desplazados”. (SENTENÇA T-215 de 202, CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA)

Posteriormente, la Corte advirtió la falta de inscripción de algunos de los menores de edad en el Registro Único de Población Desplazada⁸³, debido a que no aparecía ninguna persona que declara por ellos como representante o como jefe de hogar.

Sin embargo, según la Corte, la calidad de desplazado de un niño o una niña tampoco depende de la declaración que haga su representante legal, porque llevaría al absurdo de negar a los niños que han perdido a sus padres el acceso a la atención humanitaria, pues no podrían ser incluidos en el registro nacional de desplazados al no tener quién los represente. (SENTENCIA T- 215 DE 2002, CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA).

Por lo anterior, la Corte Constitucional ordenó a la Red de Solidaridad Social inscribir en el registro único nacional de población desplazada a los menores de edad que no gozaban de atención humanitaria; a la Secretaría de educación municipal evaluar la situación en que se encuentra cada uno de los niños y disponer su ingreso al sistema educativo en los grados escolares correspondientes a su grado de instrucción, usando los cupos disponibles en la institución educativa demandada y otros colegios de la zona. (SENTENCIA T-215 DE 2002, CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA).

⁸³ El Registro Único de Población Desplazada -RUPD- surgió por mandato de la Ley 387 de 1997 y fue creado y reglamentado por el Decreto 2569 de 2000. En este registro se efectúa la inscripción de la declaración de los hechos que rinde la población víctima del desplazamiento forzado ante el Ministerio Público. El objetivo del registro es tener la información de la población actualizada, según sus características y especificidades, para poder brindar una atención integral. En el registro se consignan los servicios que Acción Social y otras entidades del Estado han brindado a la población, con el fin de hacer seguimiento de la atención brindada. En resumen, el registro permite identificar a la población y observar la evolución de su situación en todas las fases de atención.

4.2.3 Caso concreto

En enero de 2004 la Corte Constitucional decide declarar el “estado de cosas inconstitucional⁸⁴” relativo a la vulneración de derechos de la población en situación de desplazamiento, al acumularse 108 expedientes de acciones de tutela interpuestos por 1.150 núcleos familiares pertenecientes a la población desplazada, con un promedio de 4 personas por núcleo, y compuestas principalmente por mujeres cabezas de familia, personas de la tercera edad y menores, así como algunos indígenas.

Los demandantes interpusieron acción de tutela contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los Ministerios de Salud y del Trabajo y Seguridad Social (hoy Ministerio de Protección Social), el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, así como contra varias administraciones municipales y departamentales, por considerar que dichas autoridades no estaban cumpliendo con su misión de protección a la población desplazada y por la falta de respuesta efectiva a sus solicitudes en materia de vivienda y acceso a proyectos productivos, atención de salud, educación y ayuda humanitaria.

Esta decisión fue recogida por la sentencia T-025 del 22 de enero del año 2004⁸⁵, y plantea que:

“A pesar de que la política pública de atención a la población desplazada ha sido desarrollada normativamente desde el año 1997, según los informes aportados a este proceso, sus resultados no han logrado contrarrestar la situación de vulneración de los

⁸⁴ La sentencia T- 025 de 2004 señala que el desplazamiento forzado conduce a la vulneración y desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas: 1) derecho a la vida en condiciones dignas; 2) los derechos especiales de los grupos que, según la carta, gozan de este estatuto (niños, niñas, mujeres cabeza de familia, ancianos, discapacitados, etc.); 3) derecho a la escogencia del domicilio; 4) derecho al libre desarrollo de la personalidad derivado del miedo posterior al desplazamiento y demás consecuencias que obstaculizan los proyectos de vida; 5) los derechos económicos, sociales y culturales (educación, salud, trabajo); 6) derecho a la unidad familiar; 7) derecho a la salud; 8) derecho a la integridad personal, derivado de la relación violencia-desposeimiento; 9) derecho a la seguridad personal; 10) derecho a la alimentación adecuada; 11) derecho a la libre circulación por el territorio nacional; 12) derecho a la vivienda digna; 13) derecho a la personalidad jurídica; 14) derecho a la igualdad; 15) derecho a la paz y a no ser considerado como objetivo militar; 16) derecho al trabajo; y 17) derecho a la educación

⁸⁵ Consultada en la dirección electrónica <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm> en diciembre de 2015.

derechos constitucionales de la mayoría de la población desplazada.” (SENTENCIA T-025 DE 2004, CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA)

La Corte Constitucional Colombiana en su análisis llega a la conclusión que:

“Ese mínimo de protección que debe ser oportuna y eficazmente garantizado implica (i) que en ningún caso se puede amenazar el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales de las personas desplazadas y (ii) la satisfacción por el Estado del mínimo prestacional de los derechos a la vida, a la dignidad, a la integridad física, psicológica y moral, a la unidad familiar, a la prestación del servicio de salud que sea urgente y básico, a la protección frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento, y al derecho a la educación hasta los quince años para el caso de los niños en situación de desplazamiento.” (SENTENCIA T-025 DE 2004, CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA)

Y en ese orden de ideas, en su parte resolutive dispone lo siguiente:

“Para el caso de los niños en situación de desplazamiento, el derecho a la educación básica hasta los quince años (artículo 67, inciso 3, C.P.). Precisa la Sala que, si bien el Principio 23 establece como deber del Estado proveer la educación básica primaria a la población desplazada, el alcance de la obligación internacional que allí se enuncia resulta ampliado por virtud del artículo 67 Superior, en virtud del cual la educación será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad, y debe comprender como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica. También en virtud de lo dispuesto por la Carta Política, no es el Estado el único obligado a garantizar la provisión del servicio educativo en los niveles y a los grupos de edad referidos; también esta obligación cubre a los padres de familia o acudientes –quienes no pueden impedir el acceso de sus hijos a la educación en su lugar de desplazamiento- y a los menores –que están obligados a asistir a los planteles educativos correspondientes -. Por su parte, el Estado está obligado, como mínimo, a garantizar la provisión de un cupo escolar a cada niño desplazado en edad de educación obligatoria, en un establecimiento educativo público?. Es decir, la obligación mínima del Estado en relación con la educación de los niños desplazados es la de garantizar su acceso a la educación a través de la provisión de los cupos que sean necesarios en entidades públicas o privadas de la zona. (SENTENCIA T-025 DE 2004, CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA)

Esta, palabras más, palabras menos, fue la orden impartida por la Corte en la sentencia T-215 de 2002 a la Secretaría de Educación Municipal demandada: Disponer el ingreso al sistema educativo de los niños tutelantes, usando los cupos disponibles en los colegios de la zona.

Este trato preferente a los niños en condiciones de desplazamiento se justifica no sólo por ser la educación un derecho fundamental del que son titulares, como todos

los demás menores de edad que se encuentren en territorio nacional, sino porque dadas sus condiciones de especial vulnerabilidad son sujetos de protección constitucional reforzada, lo cual se traduce en materia educativa en que si no se garantiza como mínimo su educación básica, ello agravará las repercusiones de su desplazamiento sobre su autonomía personal y el ejercicio de sus derechos.

4.2.4 Estado de cosas posterior a las decisiones – contexto brasileiro

De acuerdo con los profesores Rizzi y Ximenes, desde el inicio de las acciones del movimiento “Guardería para Todos”, la situación concreta de la educación infantil no ha cambiado mucho, dado que, a pesar de que la decisión final amplió la cobertura, es posible identificar retrocesos en la calidad de la oferta.

Apuntan los autores que:

“Mesmo havendo alguma ampliação da disponibilidade de vagas (ver Tópico III, acima), a própria Secretaria Municipal de Educação registrava, em setembro de 2009, uma demanda oficial não atendida de 95.449 crianças de até 3 anos. No caso da pré-escola também há grande exclusão, mesmo que em menor escala, como comprova a demanda oficial reconhecida pelo próprio Município – 36.124 crianças excluídas.” (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 123)

Al mismo tiempo, y de acuerdo a nuestros autores, hay un importante contingente poblacional a la espera de ser atendidos o simplemente inscritos oficialmente, sea porque no disponen de documentación y de los requisitos exigidos por la municipalidad o porque intuyendo no van a ser atendida, simplemente no ven una utilidad en buscar una unidad oficial de formación. (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 120)

Finalmente anotan los profesores que para que se alcance la demanda del toda la atención del municipio de Sao Paulo, es necesaria un cambio estructural del estándar de financiamiento de la política pública educacional, involucrando a todas las esferas de gobierno. En ese sentido, “tanto os esforços empreendidos até o momento pela administração municipal como a política federal de subvalorização da educação infantil

no FUNDEB mostram-se insuficientes para reverter o quadro de ampla violação desse direito educacional” (RIZZI E XIMENEZ, 2010, p. 123)

4.2.5 Estado de cosas posterior a las decisiones – contexto colombiano

En agosto de 2005 se produce el Auto 177 por el cual la Corte Constitucional⁸⁶ declara que, a pesar de los avances alcanzados hasta el momento, aún no se ha superado el estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada declarado en la sentencia T-025 de 2004 y que es necesario avanzar de manera acelerada y sostenida:

“[...] en la corrección de la discordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinado a nivel territorial a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional territorial para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, de otro lado.” (AUTO 177, CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, 2005)

En el mismo año hace público el Auto 178⁸⁷ donde se señalan problemas de orden técnico, indefinición de metas de corto y mediano plazo, falta de indicadores de resultado, falta de información adecuada y accesible, insuficiencia de instrumentos, entre otros aspectos que impiden hacer un análisis adecuado del seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, y donde, además, se ordena tomar las medidas pertinentes

⁸⁶ Consultado en la dirección electrónica <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202005/17.%20Auto%20del%2029-08-2005.%20Auto%20177.%20Ordenes%20impartidas%20en%20el%20numeral%20tercero%20T-025%20de%202004.pdf> en diciembre de 2015.

⁸⁷ Consultado en la dirección electrónica <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202005/18.%20Auto%20del%2029-08-2005.%20Auto%20178.%20Ordenes%20impartidas%20numerales%202,4,%205%20y%209.PDF> en diciembre de 2015.

para superar esta situación. (AUTO 178, CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, 2005)

En agosto de 2006 se produce el auto 218⁸⁸ en el cual se establece que los informes de cumplimiento presentados a la Corte Constitucional adolecen de varios problemas, son inapropiados e inconducentes y se advierte a las autoridades competentes que es su obligación constitucional adoptar los correctivos a que haya lugar y presentar los informes a la Corte y plantea como plazo último para su entrega el 13 de septiembre. (AUTO 218, CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, 2011)

Este día la Corte publica un mensaje de prensa donde ratifica los autos mencionados y se mantiene en las órdenes impartidas, destacando que se deben hacer esfuerzos para la superación de las situaciones planteadas en la sentencia T-025 y se debe brindar a la población desplazada un trato específico y prioritario acorde con su extrema vulnerabilidad.

En el año 2011, la Corte Constitucional emite el Auto número 219⁸⁹, en donde se develan cifras más concretas de los avances respecto del derecho a la educación de la población víctima del desplazamiento forzado y que puede mostrarnos el estado de cosas que tiende a ser una constante hasta nuestros días. De esta manera, el alto tribunal⁹⁰ señala que:

“En materia de educación el 75,74% del total de hogares con niños (as) entre 5 y 17 años de edad incluidos en el RUPD asisten regularmente a un nivel educativo formal, lo que corresponde a que el 85.9% de las personas de 5 a 17 años asisten a un establecimiento de educación formal. La Comisión de Seguimiento, reporta resultados similares de la asistencia regular, con un 87,1% y en gratuidad escolar menciona un avance importante al 78%. Pero advierte que en apoyos escolares (útiles, libros, uniformes, implementos de aseo y transporte escolar) hay un retroceso pues el 86% de los niños, niñas y adolescentes en situación de desplazamiento no reciben apoyo alguno, aspecto que cobra un peso importante entre las razones de no permanencia.” (COLOMBIA, 2011)

⁸⁸ Consultado en la dirección electrónica <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202006/26.%20Auto%20del%2011-08-2009.%20Auto%20218.%20Verificacion%20medidas.PDF> en diciembre de 2015.

⁸⁹ Consultado en la dirección electrónica <http://www.corteconstitucional.gov.co/T-025-04/AUTOS%202006/26.%20Auto%20del%2011-08-2009.%20Auto%20218.%20Verificacion%20medidas.PDF> en diciembre de 2015.

⁹⁰ Con datos del Tercer Informe de verificación sobre el cumplimiento de Derechos de la Población en situación de Desplazamiento. Comisión de Seguimiento, Diciembre de 2010. Pág. 119

4.3 Análisis comparativo de justiciabilidad del derecho a la educación

4.3.1 Análisis comparativo de la legislación educativa

De acuerdo con lo expuesto en capítulo 3 de la presente disertación, es posible hallar un contraste bastante evidente y diferenciado en lo que tiene que ver con las situaciones de la legislación educativa entre Brasil y Colombia.

En Brasil, la actual Constitución Federal de 1988 representó un marco significativo en la interpretación de los problemas relativos a la educación brasilera, pues estableció directrices, principios y normas que destacan la importancia que el tema merece.

Reconoció la educación como un derecho social y fundamental, posibilitando el desarrollo por todos aquellos responsables por su concretización, además de reconocerlo como un derecho subjetivo, comprendido como la legitimidad de exigencia de la prestación al Estado.

Si se quiere, se trata de toda una declaración de derechos relativos a la educación que podrían resumirse de la siguiente manera:

- Gratuidad de la formación oficial en todos los niveles
- Garantía del a los que no se han podido escolarizarse en la edad ideal
- Atención especializada a los portadores de deficiencia
- Atención en guardería y educación y preescolar, a los niños y las niñas hasta de cinco años de edad.
- Oferta de formación nocturna regular
- Previsión de los programas suplementares de material didáctico escolar
- Prioridad de atención a los niños, niñas y adolescentes.

Esa versión legal del derecho a la educación, como conjunto, es una innovación en el panorama jurídico brasileiro. De esta manera, a partir de la Constitución de 1988 y de las leyes que la reglamentaron, la educación se concibe rodeada de un conjunto de herramientas jurídicas necesarias para poder dar acción concreta a lo establecido en el texto constitucional.

La legislación brasileira expuesta dentro del capítulo 3, en síntesis reglamentó la educación como un derecho de todos y un deber de la familia y el Estado, promovida e incentivada con la colaboración de la sociedad. Busca la universalización de la formación público, en especial, de la formación fundamental, dado su carácter obligatorio, garantizando escuela para todos, inclusive para quienes no tienen acceso por edad propia, o los que no tienen nacionalidad brasileira; es decir una educación para todos, creando mecanismos para su garantía.

De la misma manera, podemos observar que el desarrollo legislativo que ha pretendido reglamentar las disposiciones constitucionales referentes al derecho a la educación, lo ha hecho, siempre en el entendido que, además de dichas disposiciones constitucionales, se debe tener en cuenta como parte del texto constitucional lo dispuesto en los tratados internacionales de derechos humanos al respecto.

En otras palabras, desde el punto de vista de las garantías legales, no hay duda de que el derecho a la educación infantil y parte del derecho humano fundamental a la educación, es plenamente exigible con base en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales, y se convierte en una prioridad de atención para los administradores públicos.

En Colombia vemos que aunque la Corte Constitucional establece la educación como un derecho fundamental en el sentido de su esencialidad y específicamente como derecho primordial de los niños y las niñas según el artículo 44 de la Constitución Política de 1991, en el plano real se aprecia una clara distinción entre esta noción y las acciones legislativas y políticas: *“el análisis del contenido y formulación de la legislación educativa y, por ende, de la política pública educativa evidencia una separación entre la concepción del derecho a la educación y las políticas, los planes, programas y acciones del sector educativo”* (LERMA, 2007, p. 15)

El diseño y ejecución legislativa en Colombia, como lo apreciamos en el capítulo tres de la presente disertación, no tiene como referente las obligaciones constitucionales y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Una consecuencia de ello es la generación de una evidente flexibilidad en cuanto al cumplimiento de las obligaciones estatales en lo referente a la educación.

El problema de la Ley General de Educación, concebida más para la prestación de un servicio que para la garantía de un derecho, está estrechamente relacionado con la preponderancia de los criterios económicos con los que fue diseñada, lo que es coherente con la noción de economía capitalista neoliberal, donde el sujeto, no es visto como un portador de derechos sino como un “consumidor” que adquiere servicios básicos en la medida en que aumenta su capacidad de compra (PÉREZ MURCIA, 2005, *apud* LERMA CARREÑO, 2007, p, 16).

Esta situación, y el hecho no menor de no ubicar la educación dentro del capítulo de los derechos fundamentales, sino de enmarcarlo dentro de los derechos sociales, económicos y culturales; genera el debate arcaico al que nos referíamos en el capítulo 2 de la presente disertación entre quienes conciben la educación como derecho fundamental y quienes lo hacen como un mero servicio público.

Esta doble naturaleza se materializa en el artículo 183 de la Ley 115 de 1994 que consagra el cobro por derechos académicos en los establecimientos educativos estatales, en abierta contradicción con el mandato de gratuidad. Como lo enuncian Pulido Chavez y Heredia analizando las políticas de gratuidad en la ciudad de Bogotá:

“El establecimiento de la gratuidad de la educación en Colombia, entendida como una medida que asegura la implementación en el plano real de la educación como un derecho fundamental, no ha tenido un horizonte político claro ni un programa nacional exclusivo para su operatividad. [...] Sus intentos se han quedado en planteamientos y algunos esfuerzos aislados que se han hecho a tramos y se han venido desmontando en los últimos nueve años. De hecho, las últimas cuatro administraciones gubernamentales acogieron un concepto de gratuidad que se acomoda al enfoque neoliberal y que lo condensan las leyes 115 y 715 expedidas en 1994 y 2001 respectivamente.” (PULIDO CHAVEZ Y HEREDIA, 2010, p. 8)

Con la promulgación de la Ley 115, se abren las posibilidades de cobros tanto por derechos académicos como complementarios en los establecimientos educativos estatales:

“El Gobierno Nacional regulará los cobros que puedan hacerse por concepto de derechos académicos en los establecimientos educativos estatales. Para tales efectos definirá escalas que tengan en cuenta el nivel socioeconómico de los educandos, las variaciones en el costo de vida, la composición familiar y los servicios complementarios de la institución educativa”³.

Si, además, se tiene en cuenta que los costos de los útiles escolares y el transporte también son asumidos por la población, la gratuidad de la educación que el gobierno nacional implementa es evidentemente flexible, focalizada y limitada.

En este contexto, y de acuerdo a en Colombia se han generado procesos que permiten avanzar en logros relacionados con la materialización de propuestas educativas basadas en el enfoque de derechos.

En el año 1994 se llevó a cabo una demanda de inconstitucionalidad de inconstitucionalidad contra el artículo 183 de la Ley 115 de 1994. Dicha disposición se era invocada cada vez que se exigían las obligaciones del Estado en relación con la garantía del derecho a una educación gratuita para todos.

Dicho artículo establecía lo siguiente:

“Art. 183 El Gobierno Nacional regulará los cobros que puedan hacerse por concepto de derechos académicos en los establecimientos educativos estatales. Para tales efectos definirá escalas que tengan en cuenta el nivel socioeconómico de los educandos, las variaciones en el costo de vida, la composición familiar y los servicios complementarios de la institución educativa. Las secretarías de educación departamentales, distritales o los organismos que hagan sus veces, y las de aquellos municipios que asuman la prestación del servicio público educativo estatal, ejercerán la vigilancia y control sobre el cumplimiento de estas regulaciones.” (LEY 115 DE 1994, COLOMBIA)

De acuerdo con la demanda de inconstitucionalidad, interpuesta por varias organizaciones en el marco de la Coalición Colombiana por el Derecho a la Educación:

“Se denuncia que Colombia es el único país de América Latina en el que, de manera reglamentaria, se concede el derecho a los colegios oficiales para establecer

cobros para acceder al sistema educativo dependiendo de las variables socioeconómicas, según lo plantea la demanda de inconstitucionalidad.” (PULIDO CHAVEZ Y HEREDIA, 2010, p. 5)

Para superar esta contradicción normativa, la Corte, ha invocado los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, como criterio hermenéutico para armonizar lo ordenado por los diferentes artículos constitucionales. Gracias a esto la Corte ha garantizado el acceso a la educación gratuita para aquellos niños que se encuentran por fuera de la edad establecida en el artículo 67 de la Constitución Política. (Uprimy & Hoyos, 2009, p. 9), esto mediante la sentencia 376 de 2010.

Por último es necesario recalcar que, dentro de la legislación Colombiana no se ha presentado un desarrollo legislativo de las características de la legislación brasilera.

La Constitución Política de Colombiana de 1991 en su artículo 152 dispone que las Leyes Estatutarias son:

“[...] Aquellas que la Constitución establece taxativamente. Tienen una categoría superior a las demás clases de leyes y se establece un trámite especial para su expedición por su importancia jurídica. Para su aprobación requiere mayoría absoluta y revisión previa por parte de la Corte Constitucional.

Pertenecen a esta categoría las siguientes:

- Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección.
- Administración de justicia.
- Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos.
- Estatuto de la oposición.
- Funciones electorales.
- Instituciones y mecanismos de participación ciudadana.
- Estados de excepción.”

En el sistema jurídico colombiano, y para las necesidades propias del sistema educativo y de la población en general, debería existir una ley estatutaria de la educación, pero no la hay. Es decir, no hay una normatividad de jerarquía superior que

regule el tema de la educación como un derecho fundamental protegido por la legislación internacional de los derechos humanos.

Sobre el tema, se expide la Ley 115 de 1994 o Ley General de Educación, que es una ley ordinaria, que no concibe a la educación más que como un servicio público y no como un derecho fundamental y, por lo tanto ha conllevado a un sinnúmero de demandas por inconstitucionalidad.

Quien se ha encargado, como lo destacábamos en el capítulo tres, de incorporar las reglas y los principios emanados de la legislación internacional (global o regional) y que ha tenido un rol más que importante en la protección, promoción y garantía del derecho a la educación en el sistema jurídico, ha sido la propia Corte Constitucional Colombiana a través de sus sentencias.

4.3.2 Análisis comparativo de las acciones promovidas en defensa del derecho a la educación.

En el Brasil, y de acuerdo con Pannunzio (2009, p. 69) “la mayoría de los mecanismos disponibles en el derecho brasileiro no son exclusivos para el derecho a la educación, siendo normalmente aplicables a los derechos públicos subjetivos en general”.

De esta forma, y de acuerdo con el autor, el derecho a la educación puede ser protegido por los siguientes mecanismos judiciales:

“a. mandado de segurança: previsto na Constituição Federal e regulamentado pela Lei n. 1.533/51, o mandado de segurança pode ser individual ou coletivo e destina-se a proteger qualquer direito “líquido e certo” (ou seja, que não demanda instrução probatória), não amparado por habeas corpus, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la;

b. mandado de injunção: igualmente previsto na Constituição, o mandado de injunção aplica-se naquelas hipóteses em que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, como o direito à educação, tendo o Judiciário o papel de apontar a regulamentação aplicável até eventual edição da norma;

c. ação popular: também de base constitucional, a ação popular tem por objetivo anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, podendo ser manejada por qualquer cidadão. Encontra-se regulamentada pela Lei n. 4.717/65;

d. ação civil pública: embora prevista na Constituição Federal apenas entre as atribuições do Ministério Público, como instrumento para a promoção de interesses difusos e coletivos, a Lei n. 7.347/85 ampliou a relação dos legitimados a propô-la, estendendo-a também às associações constituídas há mais de um ano;

e. ação direta de inconstitucionalidade: de competência originária do STF, a ação direta de inconstitucionalidade é regulamentada pela Lei n. 9.868/99 e destina-se a declarar a incompatibilidade de lei ou ato normativo federal ou estadual frente a dispositivos da Constituição, incluindo aqueles atinentes ao direito à educação. No entanto, são poucos os entes legitimados a utilizá-la, estando fora do alcance direto de cidadãos e da maioria das entidades da sociedade civil;

f. arguição de descumprimento de preceito fundamental: a ADPF tem por objetivo evitar ou reparar lesão a “preceito fundamental”, resultante de ato do Poder Público, quando inexistir outro meio eficaz para sanar a violação. É também de competência originária do STF e os legitimados a propô-la são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade. Encontra-se regulamentada pela Lei n. 9.882/99;

g. ação judicial da LDB: além das ações constitucionais acima elencadas, é importante ressaltar, como já mencionado, que a LDB prevê uma ação judicial, de rito sumário e gratuita, no caso de não- oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou de sua oferta irregular. Apesar da amplitude desse mecanismo – que pode ser acessado por qualquer cidadão, dentre outros legitimados –, ele aparentemente tem sido pouco utilizado no Brasil.” (PANNUNZIO, 2009, p. 70)

Paralelamente a las acciones judiciales que existen en el ordenamiento jurídico brasileiro, existen mecanismos casi-judiciales previstos en la legislación y que, con Pannunzio, destacaremos a continuación:

a. no âmbito geral, o direito de petição aos poderes públicos, previsto no artigo 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal como um instrumento para a “defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, independentemente do pagamento de taxas;

b. no âmbito específico da educação, o Conselho Nacional de Educação (e órgãos análogos instituídos no âmbito dos sistemas estaduais e municipais de ensino), com atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro de Estado da Educação, de forma a assegurar a participação da sociedade no aperfeiçoamento da educação nacional;

c. no âmbito específico do direito à educação de crianças e adolescentes, os conselhos tutelares, que possuem competência para requisitar serviços públicos na área de educação, bem como para representar junto à autoridade

judiciária nos casos de descumprimento de suas deliberações. (PANNUNZIO, 2009, p. 70)

De acuerdo con los hechos descritos en la narración del caso “Crenche para Todos”, de la amplia gama de acciones judiciales y cuasi judiciales que brinda el ordenamiento jurídico brasileiro, se emprendieron cuatro acciones específicas: dos mandados de segurança con el objetivo de hacer visible la problemática y se hiciese público el registro de la población infantil que demandaba un cupo en guardería. La información tuvo impacto en la población general dado el contexto social y político.

Posteriormente a esto, se interpusieron dos acciones civiles públicas con las que se requirió específicamente la matrícula de mil treinta (1030) niños en unidades de educación infantil próximas a sus residencias, pretensiones que fueron concedidas, ordenando su matrícula en el periodo académico siguiente, so pena de una multa sustantiva.

En este punto se pueden apreciar varias situaciones: la primera es que, quien promueve las acciones es el movimiento Crenche Para Todos, que nace, como lo vimos en la narrativa del caso, de una articulación de entidades que tiene como objetivo luchar por la inclusión educacional de calidad de todos los niños y las niñas en unidades de educación infantil. En esa dinámica, el movimiento organiza movilizaciones e iniciativas de incidencia política y jurídica con comunidades y organizaciones locales del municipio de Sao Paulo y en la región metropolitana, buscando consolidar el reconocimiento de este derecho y el fortalecimiento de la articulación social para su garantía, fortaleciendo así su exigibilidad y posteriormente su justiciabilidad.

Esta situación lo que demuestra es el grado de empoderamiento de la sociedad civil sobre el derecho de la educación. Demuestra una cohesión social tan importante que da lugar a el fenómeno del “litígio estratégico” sobre el derecho en mención. En otras palabras, la sociedad civil ha logrado un nivel de empoderamiento tal, que se organiza con el objetivo de hacer exigible el derecho. Tanto jurídica como políticamente.

No olvidemos que en el caso se presenta una combinación de acciones encaminadas a la concretización del derecho. Por ejemplo, con los mandados de

seguranca no se pretende proteger directamente el derecho de educación infantil. La acción va dirigida en defensa del derecho de acceso a la información pública, lo cual se convirtió en una herramienta esencial en la justiciabilidad del propio derecho a la educación. Se logró así una visibilidad de la violación del derecho, generando la estrategia de utilizar acciones cautelares preparatorias que abran el camino a las acciones civiles públicas.

En Colombia el panorama es sustancialmente diferente. La única acción para concretizar el derecho a la educación que nos proporciona el ordenamiento jurídico es la acción de amparo o Acción de Tutela. Si bien existen algunos mecanismos en sede administrativa suministrados por la Ley General de Educación, El Código de Infancia y Adolescencia o en la Ley de Convivencia Escolar que tienen dentro de sus finalidades proteger algunas aristas del contenido del derecho estudiado, la única acción concretizadora del derecho a la educación como derecho humano es la Acción de Tutela.

Esta acción tiene rango constitucional, el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 y la consagra de la siguiente manera:

“ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”

La acción de tutela tiene sus desarrollos legales con los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000. La revisión de sentencias de tutela por parte de la Corte Constitucional

está reglamentada en los artículos 33 al 36 del mencionado Decreto 2591. De esta manera se señala que:

“La Corte Constitucional designará dos de sus magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses”. También se consagra el procedimiento para la decisión en sala: ARTÍCULO 34. DECISION EN SALA. La Corte Constitucional designará los tres magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los tribunales del Distrito Judicial. Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente. ARTICULO 35. DECISIONES DE REVISION. Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas. La revisión se concederá en el efecto devolutivo, pero la Corte podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 7 de este Decreto. ARTICULO 36. EFECTOS DE LA REVISION. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela sólo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser 114 comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta.”

En este entendido, lo que sucede en el contexto colombiano en el caso objeto de nuestro análisis es que se agolpan en los estrados judiciales 108 expedientes de acciones de tutela interpuestos por 1.150 núcleos familiares pertenecientes a la población desplazada, con un promedio de 4 personas por núcleo. Es decir, se trata de una acumulación aritmética de casos que hacen tan plausible la situación de derechos de las víctimas del desplazamiento, que el Tribunal Constitucional no puede hacer otra cosa más que la declaratoria del “estado de cosas inconstitucional”.

El contraste con el caso brasileiro da cuenta de la diferencia del empoderamiento del derecho en la sociedad civil. Es decir, en el caso colombiano, el cúmulo de casos está desligado del fenómeno de litigio estratégico. La sociedad civil colombiana carece del empoderamiento del derecho a la educación que presenta el caso brasileiro. No hay ninguna estrategia litigiosa. Simplemente se presenta un agrupamiento en razón a la condición de desplazado forzado interno, que en el contexto del caso colombiano vimos, es apenas natural.

Por otra parte, la sentencia T-025 de 2004 en cuyo mandato se ordena disponer el ingreso al sistema educativo de las personas tutelantes, usando los cupos disponibles en los colegios de la zona, se genera en un estado excepcional que es el “estado de cosas inconstitucional”. Es decir, el derecho a la educación es garantizado, dada la emergencia humanitaria que afecta a aproximadamente un 4% de la población colombiana. Lo que contrasta con el caso brasileiro, que se da en un estado de cosas no excepcionales.

Otro aspecto que se puede destacar es el rol que desempeñan los tribunales para definir más a fondo el derecho a la educación y pronunciarse al respecto. Las instancias judiciales que en principio reciben los alegatos, presentan varios problemas que dificultan la presentación de denuncias de violaciones ante los tribunales, en particular en el caso de los grupos desfavorecidos. El mayor de todos, la falta de cultura jurídica.

Para las víctimas de desplazamiento forzado es muy difícil presentar reclamaciones o denuncias ante los tribunales, en parte porque carecen del conocimiento y el empoderamiento del derecho y además porque no poseen los recursos financieros necesarios para entablar acciones judiciales. Es posible que incluso las personas que disponen de recursos para recibir asesoramiento jurídico no encuentren un jurista familiarizado con las opciones jurídicas existentes a nivel regional e internacional, así como con las obligaciones de los Estados, dado que simplemente no los hay. La complejidad de los trámites legales ante cualquier tribunal plantea la necesidad de recurrir a servicios de asesoramiento jurídico.

De la misma manera, ocurre que en los juzgados de primera y segunda instancia, se presenta una tendencia generalizada por la insistencia arcaica en la formalidad de sus trámites, lo que resulta en una grave desventaja para cualquier persona que no cuente con un representante legal.

En el contexto colombiano son pocas las personas plenamente conscientes de los instrumentos nacionales o internacionales a las que pueden acogerse en el marco del derecho a la educación, dada la falta de empoderamiento de los derechos humanos

por parte de la sociedad civil. De la misma manera, se ignora cuáles son los mecanismos disponibles para intentar hacer efectivos sus derechos.

CONSIDERACIONES FINALES

Tal y como lo anunciábamos en el segundo capítulo, hay planteado un marco con tres criterios para denominar y medir los grados de justiciabilidad del derecho a la educación, tanto en la esfera nacional como en el derecho comparado: El criterio de los “grupos o líneas jurisprudenciales que nos proporciona el informe A/HRC/23/25 del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh sobre la Justiciabilidad del Derecho a la Educación; el esquema propuesto por el profesor Robert Alexy, en su texto, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, para determinar los niveles de justiciabilidad en la esfera nacional; y el esquema de propuesto por la CEPAL fundamentado en las experiencias nacionales y en el derecho comparado.

Dentro del caso brasileiro, las organizaciones que conforman el movimiento “Guardería para Todos” intentan salvaguardar el derecho a la educación de un sustancial grupo poblacional del municipio de Sao Paulo; una educación infravalorada, pero absolutamente necesaria y para la cual hay una demanda que sobrepasa el sistema educativo de ese sector de la población: Se trata de las guarderías y de la educación preescolar.

Como lo indicamos dentro de la exposición del caso, las metas propuestas por el Plan Nacional de Educación, en el año 2001, estuvieron lejos de alcanzar la universalización y dejaron en evidencia que no podrían alcanzarse. Se presentaba, como lo veíamos, una descomunal y reconocida falta de cupos en educación infantil.

Además de eso, en las instituciones que ofertan cupos, es ostensible el sobrecupo en los salones de clase y de la precariedad en el atendimento, problemas acentuados por la estrategia de expansión de la red que no privilegia la atención pública directa.

Por este motivo, el fallo que en el año 2008 determinó que 1030 niños y niñas fuesen matriculados en el inicio del año lectivo de 2009 se enmarcaría en el grupo de jurisprudencia típica que tiende a la **Protege de los grupos marginados y vulnerables**.

Aunque el movimiento “Guardería Para Todos” tiene entre sus estrategias la visibilidad pública, no solo para insertar al sistema de educación infantil a la población más vulnerable de este grupo etario sino para garantizar la calidad del servicio, los fallos analizados no hacen mención al parámetro de calidad, por lo que no podríamos enmarcarlo en esa línea jurisprudencial.

Es claro que, para ordenar la matrícula de esos 1030 niños y niñas en para el año escolar subsiguiente es necesario disponer de una asignación presupuestal, la decisión judicial también podría enmarcarse en el grupo de sentencias que hace justiciable la **financiación a la educación**.

En el caso Colombiano, las decisiones de la Corte Constitucional se encaminan a proteger específicamente a un grupo poblacional: los niños, niñas y adolescentes víctimas de desplazamiento forzado interno. Como ya lo expusimos en el contexto del caso, el drama humanitario de este grupo poblacional, que para la época de la decisión era de casi el 10% de la población colombiana, es de proporciones dolorosamente sustantivas. A tal grado, que somete al migrante a condiciones de vulnerabilidad supremamente graves.

De la misma manera, el fallo hace énfasis en que, para superar el “estado de cosas inconstitucional” el gobierno nacional y su Ministerio de Hacienda y Crédito Público comprometan partidas presupuestales para procurar garantizar los derechos de las personas desplazadas, entre estos el de la educación. Por lo tanto, y de la misma manera que en el caso brasileiro, las decisiones estarían enmarcadas dentro de los grupos de jurisprudencia de **Protección de los grupos marginados y vulnerables** y las que hacen justiciable **la financiación a la educación**.

El derecho a la educación infantil en el Brasil, como lo hemos expuesto en el capítulo tres de la presente disertación está sometido al control constitucional, y dado el marco normativo internacional, tanto global como regional que integra las disposiciones constitucionales para su protección, le otorga un derecho subjetivo a cada persona para reclamarlo ante el aparato jurisdiccional.

La misma situación, como lo hemos visto, ocurre con el derecho a la educación de las personas desplazadas internas en Colombia.

De la misma manera, el derecho a la educación infantil en Brasil está formulado en términos de reglas, por lo que cada vez que una niño, niña o adolescente queda cubierta, por el supuesto de hecho de la norma, tiene el derecho a reclamar que el Estado le proporcione lo que dicha norma establece. En el caso Brasileiro, el derecho a la educación infantil.

En el caso colombiano, formalmente hablando, el derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes desplazados forzosos también se formula en términos de reglas, por lo que cualquier persona, aun cuando no se trate de una víctima de ese flagelo, puede reclamarlo como un derecho personal.

Finalmente, de acuerdo al desarrollo legislativo referente al tema, cuyos mandatos reglamentan el texto constitucional y concebido en el marco y con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos referente al derecho a la educación, se puede concluir que la noción del derecho a la educación infantil en Brasil apunta a un máximo de bienestar.

En el caso Colombiano, a pesar del carente desarrollo legislativo en la materia que podría llegar sugerir simplemente un estándar mínimo para el caso, la Corte Constitucional mediante sus fallos ha logrado introducir esos máximos de bienestar, que son inherentes al derecho internacional de los derechos humanos concernientes al derecho a la educación.

Podemos concluir que el grado de justiciabilidad del derecho a la educación es el mismo para los casos propuestos en el análisis. En palabras de Alexy “corresponden al mayor nivel de amparo judicial [son] los derechos sociales que tienen protección constitucional, presentan la forma de derechos subjetivos, tienen una estructura de reglas y son derechos plenos, o mejor, derechos a una cobertura plena” (ALEXY, 1993 *apud* CEPAL, 2001).

De acuerdo con el criterio de la CEPAL (expuesto con detalles en el capítulo dos de la presente disertación), el grado de justiciabilidad del caso de la educación infantil en el municipio de Sao Paulo se enmarcaría en el grado máximo de protección o “Grado 6”, dado que, para el grupo vulnerable sobre el cual prevaleció la protección del derecho a la educación tiene el alcance de un derecho subjetivo directo, al punto que así lo determinó el juez de la Acción Civil que ordenó la matrícula del grupo significativo de niños para el siguiente periodo lectivo.

Por otra parte, a partir de la Constitución Política de 1991, y para el derecho a la educación en general, podríamos decir que la justiciabilidad del derecho a la educación en Colombia es esencialmente “Grado 5”, es decir, considera al derecho a la educación como un derecho subjetivo, pero en conexidad con los civiles y políticos. En los fallos de la Corte Constitucional Colombiana es una constante, sobre todo en sus primeras jurisprudencia.

Sin embargo, dado que la jurisprudencia de la propia Corte ha introducido paulatinamente los estándares del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la educación, y observando los mandatos del fallo de tutela T-025 de 2004, se podría afirmar que la justiciabilidad del derecho a la educación, en lo que tiene que ver con la población víctima de desplazamiento forzado, tiende a dirigirse hacia el “Grado 6” o máximo grado de protección judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian; “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”; en C. Courtis, C. y R. Ávila Santamaría (Editores) *La protección judicial de los derechos sociales*; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Organización de las Naciones Unidas; Quito; 2009.

BAHIA HORTA, José Silveiro. *Direito à educação e obligatoriedade escolar*. In Cadernos de Pesquisa No. 104. Páginas 5-34. Julio de 1998. Disponible en <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/713/729>

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad*. Madrid: Paidós, 1991

CENTRO EUROPA-TERCER MUNDO - CETIM (Suiza). *El derecho a la educación*. Ginebra. División de Publicaciones, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010

DE ROUX, Carlos Vicente; RAMIREZ, Juan Carlos (Editores). *Derechos Económicos Sociales y Culturales, Economía y Democracia*. Santiago de Chile. Naciones Unidas, 2004.

DIETER BEITER, Klaus. *The Protection of the Right to Education by International Law*. Boston: Martinus Nijhoff, 2005.

HEVIA RIVAS, Ricardo. *El Derecho a la Educación y la Educación en Derechos Humanos en el contexto internacional*. In: *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*. Volumen 4. Número 2. Antofagasta, 2010. Disponible en <http://www.rinace.net/rlei/numeros/vol4-num2/art1.pdf>

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. Sao Paulo: Saraiva, 2009

LERMA CARREÑO, Carlos Alberto. *El Derecho a la Educación en Colombia*. Buenos Aires. Fundación Laboratorio de Políticas Públicas, 2007.

MARINI, Valentina. *El derecho a la educación. Exigibilidad y Justiciabilidad*. In: SEMINARIO “LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES”., Enero de 2015, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas Sociales, La Plata. Disponible en https://www.academia.edu/10360958/Derecho_a_la_Educaci%C3%B3n_Exigibilidad_y_Justiciabilidad

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. Sao Paulo: Atlas, 2008

MILL, John Stuart. *Sobre la Libertad*. 2006. Disponible en <http://www.ateismopositivo.com.ar/Stuart%20Mill%20John%20-%20Sobre%20la%20libertad.pdf>

NUSSBAUM, Martha C. Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades. Trad. María Victoria Rodil. Buenos Aires: Katz, 2010.

OLIVEIRA, Luciano. Os direitos sociais e econômicos como direitos humanos: problemas de efetivação. In: LYRA, Rubens Pinto (Org.). Direitos humanos: os desafios do século XXI: uma abordagem interdisciplinar. Brasília Jurídica, 2002.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Kishore Singh. A/HRC/23/35. *La Justiciabilidad del Derecho a la Educación*. Ginebra: 10 de mayo de 2013. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A.HRC.23.35_en.pdf

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Informe presentado por Katarina Tomasevski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación E/CN.4/2004/45. Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales: Informe preliminar de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Sra. Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos. Ginebra: 13 de enero de 1999. Disponible en http://www.campanaderechoeducacion.org/justiciabilidad/downloads/documentosCLAVE/informesrelatores/1999_informe_preliminar_tomasevski.pdf

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Informe presentado por Katarina Tomasevski, Relatora Especial sobre el derecho a la educación E/CN.4/2004/45. *Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales: El Derecho a la Educación*. Ginebra: 25 de enero de 2004. Disponible en <http://www.oei.es/decada/portadas/G0410331.pdf>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Informe presentado por Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz Villalobos, Relator Especial sobre el derecho a la educación E/CN.4/2005/50. Los Derechos Económicos, Sociales Y Culturales: El Derecho a la Educación. Ginebra: 17 de diciembre de 2004 Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/171/43/PDF/G0417143.pdf?OpenElement>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Comité de los Derechos del Niño. Observación general No. 1º CRC/GC/2001/1. *Propósitos de la Educación*. Ginebra, 17 DE ABRIL DE 2001. Disponible en <http://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observaciones generales 13 (21º período de sesiones, 1999) El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. Ginebra. Noviembre/Diciembre de 1999. Disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/462/19/PDF/G9946219.pdf?OpenElement>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura – UNESCO. *Recomendación de la UNESCO sobre la Educación, por la comprensión, la cooperación y la paz internacionales y la educación relativa a los derechos humanos y a las libertades fundamentales*. Paris, 19 de noviembre de 1974.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convención núm. 138, adoptada el 26 de junio de 1973 y vigente desde el 19 de junio de 1976. Disponible en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312283

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convención núm.182, adoptada el 17 de junio de 1999 y vigente desde el 19 de noviembre 2000. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182

PANNUNZIO, Eduardo. O Poder Judiciário e o Direito à Educação. IN STOCCO RANIERI, Nina Beatriz (coordenação) *Direito À Educação, Aspectos Constitucionais* São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. Sao Paulo: Método, 2012

PLATAFORMA BRASILEIRA DE DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS – (Curitiba). BEVENUTO LIMA JR, Jayme (Coordinador) – *Projeto relatores nacionais em direitos humanos económicos, sociais y culturais* 2003.

[http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Relatorio Brasileiro sobre Direitos Humanos Economicos Sociais e Culturais.pdf](http://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Relatorio_Brasileiro_sobre_Direitos_Humanos_Economicos_Sociais_e_Culturais.pdf)

PLATAFORMA BRASILEIRA DE DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS E AÇÃO EDUCATIVA – Sao Paulo. RIZZI, Ester; GONZALEZ Marina; e XIMENES Salomão (Coordinadores). *Direito Humano à Educação Coleção Manual de Direitos Humanos – volume 07*. Sao Paulo, 2011. Disponible en http://www.direitoaeducacao.org.br/wp-content/uploads/2011/12/manual_dhaaeducacao_2011.pdf

RIZZI, Ester; XIMENES, Salomão. *Litigância estratégica para a promoção de políticas públicas: as ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo*. In Justiça E Direitos Humanos, Experiências de Assessoria Jurídica Popular. Curitiba, 2010. Disponible en www.terradedireitos.org.br

SAVATER, Fernando. *La Escuela de Platón*. Madrid: Anagrama, 1991

SENTENCIA T-565 DE 2013, CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva

UILLE GOMES, María Tereza. *Direito Humano à Educação e Políticas Públicas*. Curitiba: Jurua, 2010

REFERENCIAS COMPLEMENTARIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

ANDORNO, Roberto., “***Liberdade e Dignidade da Pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética?***”, en MARTINS-COSTA, J., y MÖLLER, L. L., (Org.), ***Bioética e responsabilidade***. Río de Janeiro: Forense, 2009.

ARTOLA, Miguel. ***Los Derechos del Hombre***, Editorial Alianza, Madrid, 1986.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier, y BARRETTO, V. (Orgs), “***Direitos Humanos e Globalização***”, en ***Direitos Humanos em Evolução***. Joaçaba: Editora Unoesc, 2007.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier, “***Dimensões de Aplicação e Efetividade dos Direitos Humanos***”, en XIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - *Desafios da Contemporaneidade do Direito: diversidade, complexidade e novas tecnologias*, 19, 2010, Florianópolis. *Anais*. Florianópolis, 2010.

BARBAGELATA, Aníbal Luis. ***Derechos Fundamentales***. Ed. FCU Buenos Aires, 1986.

BARROSO, Luis Roberto. ***Interpretação e aplicação da Constituição*** 2 ed Sao Paulo. Edições Saraiva 2009.

BIDART CAMPOS, Germán. ***Teoría general de los Derechos Humanos***. Astrea, Buenos Aires, 1991

BOCKENFORDE, Ernest- Wolfgang. ***Escritos sobre derechos fundamentales***. Ed. Auflage Barcelona 2003

BRUNER, J. Joaquín (2001). ***Globalización y el futuro de la educación: tendencias, desafíos y estrategias***” en ***Análisis de perspectivas de la educación en América Latina. Santiago de Chile***. UNESCO, 2004.

CAGNONI, José Aníbal. ***La dignidad: naturaleza y alcance en “Dignidad humana”*** publicado por Cátedra UNESCO Derechos Humanos, Serie Estudios, Montevideo, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Augusto. ***Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Volume I. 2º edição atualizada***. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2003

CASSIN, René. ***La genèse de la Charte des Droits de L’Homme en Le Courier UNESCO***. Editado por UNESCO, Francia, 1968.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS) DE ARGENTINA, CENTRE ON HOUSING RIGHTS AND EVICTIONS (COHRE) DE GINEBRA Y SOCIAL RIGHTS ADVOCACY CENTRE (SRAC) DE CANADÁ. Casos DESC - Base de Datos de Jurisprudencia de la Red-DESC.

CEPAL, ***Panorama social de América Latina 2002 -2003***, Santiago de Chile, septiembre de 2003

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS (CCJ), **Colombia, derechos humanos y derecho humanitario: 1996, Bogotá, CCJ, 1997; Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), Panorama de derechos humanos y derecho humanitario en Colombia, informe de avance: octubre de 2000 a marzo de 2001**, Bogotá, CCJ, febrero de 2002; Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), *Colombia, derechos humanos y derecho humanitario: informe quinquenal, julio de 1996–junio de 2001*, Bogotá, CCJ.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, asunto *Luther vs. Borden*, (1849).

Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, asunto *Baker vs. Carr*, 395, U.S., 186, 82 S.Ct,7 (1960)

Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, asunto *Powell vs. McCormack*, 395, U.S. 486 (1969)

Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, asunto *Alfred Dunhill of London Inc. Vs. República de Cuba*, 425 U.S. 682 (1976)

Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, asunto *Swann vs. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402, U.S. 1, 91, S.Ct. 1267, (1971)

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, **Colombia entre la exclusión y el desarrollo, propuestas para la transición al Estado social de derecho**, Bogotá, Luis Jorge Garay (editor), julio de 2002.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.
http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

CROCE, Benedito., **Declarações de Direitos – Benedetto Croce, E. H. Carr, Raymond Aron**. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), **Encuesta continua de hogares**, octubre de 2012.

DWORKIN, Ronald, **O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais** Trad. Jerferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DE SOUZA SANTOS, Boaventura. **"Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos" en "La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI"**. Dirigida por Felipe Gómez Isa. HumanitariaNET. Universidad de Bilbao. Deusto, 2004.

DE SOUZA SANTOS, Boaventura. **"Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. Contexto Internacional"**, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2001.

DORF, Michael; TRIBE, Laurence. **Hermenéutica Constitucional**, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2006

FARBER, Daniel A. **Constitutional Law. Themes for the Constitution's third century**. Minesota West Publishing Co. Op. Cit., p 1108 Consultada en Internet.

FAJARDO MONTAÑA, Darío, **Tierra, poder político y reformas agraria y rural**, Bogotá, Cuadernos Tierra y Justicia, n.o 1, Ilsa, 2002.

FERNANDEZ-GALIANO, ANTONIO, **Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho**, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1983.

FLOOD, Patrick. James., **The Effectiveness of UN Human Rights Institutions**. Westport: Praeger Publishers, 1998.

GÓMEZ SERRANO, Laureano. **Metodología y técnicas en el derecho comparado. En: Revista Temas Socio jurídicos**, Vol. 12, no.28, Mayo de 1995. Centro de investigaciones socio-jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Bucaramanga, Bucaramanga, 1995.

GROS ESPIELL, Héctor. **Temas Internacionales**. Ed. Melibea, Montevideo, 2001.

HABERMAS, Jürgen., **The Future of Human Nature**. Malden: Blackwell Publishing Inc., 2003.

HÖFFE, Otfried., **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA (INCORA), **Plan Cuatrienal**, en www.incora.gov.co (consulta el 28 de julio de 2014).

INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI, CORPOICA, **Zonificación de los conflictos de uso de las tierras en Colombia**, citado por Fajardo Montaña Darío, **Tierra, poder político y reformas agraria y rural**, Bogotá, Cuadernos Tierra y Justicia n.o 1, ILSA, 2002.

KANT, Immanuel., “**Groundwork of the Metaphysic of Morals**”, en PASTERNAK, Lewis., **Immanuel Kant: Groundwork of the Metaphysic of Morals**. New York: Routledge, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Undécima edición, 1973.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Editora Sraiva, Sao Paulo 2009.

MAHONEY, John., **The Challenge of Human Rights: Origin, Development, and Significance**. Oxford: Blackwell Publishing, 2007.

MARMESLSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. Editora Atlas, Sao Paulo, 2008.

MARTÍNEZ, Miguel Angel Alegre., **La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español**. León: Universidad de León, 1996.

MAURER, Beatrice, “**Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Trad. Rita Dostal Zanini**”, en SARLET, Ingo. Wolfgang., (Org.), “Dimensiones de la Dignidad. Ensayos de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional. Porto Alegre, Livraria do Advogado.

MORAES, María Celina Bodín. de, “**O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo**”, en SARLET, Ingo. Wolfgang. (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NIKKEN, Pedro. “**El concepto de Derechos Humanos**”. En Derechos Humanos. Autores varios. Editado por la UNAM, México, 1998.

NACIONES UNIDAS, **Examen de los informes entregados por los Estados partes, Conclusiones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Colombia**, doc. E/C.12/1/Add.74.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, **Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia**, 24 de febrero de 2003, doc. E/CN.4/2003/13.

PAREKH, Bernard., “**Pluralist universalism and human rights**”, en SMITH, R. K. M., y ANKER, C. van den, **The essentials of human rights**. London: Oxford University Press, 2005.

PECES BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Humanos Fundamentales. Teoría General**. Universidad Carlos III de Madrid, España, 1995.

PECES-BARBA, Gregorio y HIERRO SANCHEZ, L. **Textos Básicos sobre Derechos Humanos**, Universidad Complutense de Madrid, 1973.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**, Madrid: Tecnos, 1988.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique., **Derechos humanos en la sociedad democrática**. Madrid: Tecnos, 1984

SANTA CRUZ, Hernán. **El dilema de la comunidad internacional. Cooperar o perecer**. Tomo 1. Grupo Editor Latinoamericano. Argentina, 1984.

SARLET, I. W., “**As dimensões da dignidade da pessoa humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia**”, en SARMENTO, D., et al. (Coord.), **Nos limites da vida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, I. W., “**As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**”, en (Org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Reinaldo. Pereira., **Introdução ao Biodireito. Investigações Político-Jurídicas sobre o Estatuto da Concepção Humana**. São Paulo: LTr, 2002.

SOCIAL WATCH/CONTROL CIUDADANO, **El impacto de la globalización en el mundo**, informe 2002, Montevideo, Instituto del Tercer Mundo.

TRIBUNAL FEDERAL ALEMÁN, Sentencia del 15 de enero de 1958 en el asunto Luth.

Tribunal de Distrito Judicial de Georgia, asunto *Pitts vs. Cherry*, acción civil núm 11946 (1968)

VALBUENA LEGUÍZAMO, José Alfonso; MAHECHA, Pedro. **Módulo de Derechos Humanos. Formación para la prevención de la violación de los derechos humanos en Colombia**. National Education Association, Internacional de la Educación, FECODE. Bogotá, 2004.

VALBUENA LEGUÍZAMO, José Alfonso. **Exigiendo los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Universidad Nacional de Colombia; Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, 2004.